



9 789974 362758



Junta de Transparencia y Ética Pública
República Oriental del Uruguay

Rincón 528 - Piso 8°
C.P.: 11.000
Montevideo - Uruguay

Tel.: 2917 0407
Fax: 2917 0407 Int. 215
secretaria@jutep.gub.uy

2014

El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas
por actos de corrupción en la legislación regional

El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción en la legislación regional

Memoria de la Jornada conmemorativa del
«Día internacional contra la corrupción»

9 de diciembre de 2013
Montevideo, Uruguay



Junta de Transparencia y Ética Pública
República Oriental del Uruguay

Setiembre, 2014

El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción en la legislación regional

Memoria de la Jornada conmemorativa del
«Día internacional contra la corrupción»

9 de diciembre de 2013
Montevideo, Uruguay



Junta de Transparencia y Ética Pública
República Oriental del Uruguay

Setiembre, 2014

Junta de Transparencia y Ética Pública

El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción en la legislación regional. Memoria de la Jornada conmemorativa del «Día internacional contra la corrupción».

Montevideo: Junta de Transparencia y Ética Pública, 2014.

152 pp.; 16 x 23 cm.

ISBN: 978-9974-36-275-8

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO / RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS / CORRUPCIÓN.

Las posiciones de los autores de este libro no reflejan necesariamente los puntos de vista oficiales de la jutep ni del Gobierno de la República Oriental del Uruguay. Los términos empleados, así como la presentación de datos, no implican ninguna toma de posición de la Junta sobre el estatus jurídico de tal o cual país, territorio, ciudad o región, sus autoridades o la delimitación de las fronteras nacionales.

El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción en la legislación regional

ISBN: 978-9974-36-275-8

Editores: José Pedro Montero Traibel y Carla Chiappara.

1ª. Edición: setiembre de 2014

Impreso en MASTERGRAF S.R.L.

Gral. Pagola 1823

Montevideo, Uruguay

Depósito Legal 365.666 - Comisión del Papel

Edición Amparada al Decreto 218/96



Junta de Transparencia y Ética Pública
República Oriental del Uruguay

Dr. José Pedro Montero Traibel, Presidente

Dr. Luis Yarzábal, Vicepresidente

Dr. Carlos Soares de Lima, Vocal

Dr. Iván Toledo, Secretario General.

Sra. Rosa Furtado, Secretaría Administrativa.

Dr. Rodolfo Becerra, Lic. Rosario Cibils, Cra. Marta González, Asesores.

Sras. Teresa Spinelli y Laura Sánchez,
Unidad Administrativo/Financiera.

Sr. Juan Mancebo, Sra. Julieta Britos, Sr. Gustavo Di Cesare,
Sra. Mónica Infante, Unidad de Declaraciones Juradas.

Lic. Verónica Docampo, Sra. Marianna Nande,
Unidad de Capacitación.

Téc. Noemí Ramírez, Unidad de Informática.

Sr. Sergio Barreiro, Servicios Generales.

Índice

Introducción	9
Apertura del seminario.....	13
Palabras del Dr. José Pedro Montero Traibel	15
El enriquecimiento ilícito	21
Exposición del Dr. Néstor Baragli.....	23
El delito de enriquecimiento ilícito en el continente americano	23
Preguntas y comentarios sobre la exposición	56
Comentarios del Senador Dr. Ope Pasquet	56
Pregunta del Secretario General de la JUTEP: Dr.Iván Toledo....	63
Respuesta del Dr. Baragli.....	64
Preguntas a la mesa de expositores y comentaristas.....	66
Pregunta del público	66
Respuesta del Dr. Baragli.....	66
Respuesta del Dr. Montero Traibel	67

Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas	69
Presentación del panel.....	71
A modo de introducción	71
Palabras del Dr. José Pedro Montero Traibel	71
Responsabilidad penal de las personas jurídicas	72
Exposición de la Dra. Martha Herrera Seguel	72
Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas....	95
Exposición de la Sra. Elizabeth Cosmo	95
Consideraciones sobre las exposiciones.....	101
Exposición del Representante Nacional Cr. Alfredo Asti.....	101
Respuestas a los comentaristas	107
Respuesta de la Dra. Martha Herrera Seguel	107
Pregunta del Cr. Alfredo Asti	108
Respuesta de la Dra. Martha Herrera Seguel	109
Respuesta de la Dra. Elizabeth Cosmo	110
Respuesta de la Dra. Martha Herrera Seguel	110
 Palabras de cierre	 113
Subsecretario del Ministerio de Educación y Cultura: maestro Óscar Gómez	 115
Vicepresidente de la JUTEP: Dr. Luis Yarzabal	117
 Anexo	 119
Anexo I:	
Responsabilidad penal de las personas jurídicas: legislación chilena.....	121
Anexo II:	
Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas: legislación brasileña.....	139



Introducción

El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas
por actos de corrupción en la legislación regional

Introducción

Las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas contra la corrupción recogieron en sus articulados los delitos de enriquecimiento ilícito y de responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción. Estas convenciones fueron ratificadas por Uruguay por la Ley N.º 17008 de 25 de setiembre de 1998 y la Ley N.º 18056 de 14 de noviembre de 2006.

Desde hace más de una década, estas normas se han tratado en todos los organismos internacionales competentes en la lucha contra la corrupción y ha ido ganando terreno la adopción en las legislaciones nacionales de distintos países de disposiciones legales que recogen los delitos mencionados.

En Uruguay estos temas nunca fueron tratados ni en el Parlamento ni en la academia, lo que es un deber en el cumplimiento de las resoluciones, ya sea del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), como de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD).

Por esos motivos, y dado que al haber ratificado ambas Convenciones Uruguay se comprometió a incorporar en su ordenamiento jurídico los delitos referidos, la JUTEP decidió poner dichos temas en la agenda pública. Los inconvenientes constitucionales y legales que la implementación conlleva, sumado a la oposición de destacados penalistas de la Facultad de Derecho de la UDELAR, demuestran la importancia que estos temas se discutan y tomen estado público, para resolver si se incorporan o no al ordenamiento del país.

Después que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 2003 la Resolución 58/4 que estableció el 9 de diciembre de cada año como «Día internacional contra la corrupción», muchos Estados miembros de la Convención realizan actos conmemorativos en esta fecha. En Uruguay se hace desde el 9 de diciembre de 2011.

Como la finalidad de la Resolución 58/04 es aumentar la sensibilidad respecto de la corrupción, así como el papel que puede desempeñar la Convención para combatirla y prevenirla, la JUTEP, para cumplir con dicha Resolución, organizó en 2011 un encuentro para analizar las políticas públicas contra la corrupción en nuestro país. En 2012 organizó —con el apoyo financiero

del Banco Mundial— el «Primer Encuentro de Órganos de Control Superior en el Mercosur», en el que participaron Argentina, Brasil y Paraguay, y como Estados asociados Chile y Venezuela. Bolivia, por razones de fuerza mayor no pudo concurrir. De ambos eventos se han editado sus memorias.

Y en 2013, para conmemorar el «Día internacional contra la corrupción», la JUTEP convocó a un encuentro de técnicos de Argentina, Brasil y Chile, países que han consagrado en sus legislaciones los delitos de enriquecimiento ilícito y de responsabilidad de las personas jurídicas, y cada uno de los temas tuvo como contraparte a un legislador uruguayo: un senador de la República en el primero y un representante nacional en el segundo.

Sus exposiciones, que dan lugar a este libro, aportaron las variadas experiencias de los tres países invitado: Argentina incorporó el delito de enriquecimiento ilícito a su Código Penal en la década del 30, mientras que la responsabilidad de las personas jurídicas fue abordada de distinta forma en Chile y Brasil —en Chile se le dio naturaleza penal y en Brasil se le confirió el carácter de responsabilidad administrativa.

Con la jornada del 9 de diciembre de 2013 y con la publicación de este libro, desde la JUTEP se espera aportar elementos para abrir un debate nacional sobre los delitos aquí tratados, a fin de poder determinar su posible inclusión en el ordenamiento jurídico uruguayo.

La Junta de Transparencia y Ética Pública de la República Oriental del Uruguay agradece especialmente a los expositores extranjeros: Dr. Néstor Baragli (subdirector de Políticas de Transparencia de la Oficina de Corrupción de la República Argentina), Sra. Elizabeth Cosmo (Analista de Finanzas y de Control de la Coordinación General de Acuerdos y Cooperación Internacional de la Secretaría de Transparencia y Prevención de la Corrupción de Brasil) y Dra. Martha Herrera Seguel (directora de la Unidad Especializada de Corrupción y Unidad de la Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional de Chile). Y hace lo propio con el senador de la República Dr. Ope Pasquet, el representante nacional Cr. Alfredo Asti, y el Maestro Oscar Gómez, subsecretario del Ministerio de Educación y Cultura, por sus importantes contribuciones.

Junta de Transparencia y Ética Pública.

Apertura del Seminario

Palabras de apertura del seminario

Saludamos la presencia de las autoridades nacionales y del público en general.

Hemos recibido una carta enviada por el Presidente de la República, Sr. José Mujica que dice:

«Sres. de la Junta de Transparencia y Ética Pública.

Presente.

El señor Presidente de la República Don José Mujica agradece la amable invitación recibida a participar de la conmemoración del Día Internacional Contra la Corrupción y lamenta no poder concurrir como hubiese sido su deseo. El Señor Presidente saluda a ustedes con su más alta consideración, haciéndolo extensivo a todos quienes trabajan en favor de la ética y la transparencia en las acciones y procesos. Destaca la invaluable labor que realizan a diario en procura de mejorar la calidad en la gestión y dar cumplimiento a la normativa vigente. Los estimula a continuar en el camino del compromiso y la superación para alcanzar los objetivos trazados a favor de la sociedad en su conjunto. Montevideo, diciembre de 2013».

Palabras del Dr. José Pedro Montero Traibel

Autoridades nacionales, señores legisladores, señoras y señores.

Desde que ingresamos con el Dr. Luis Yarzabal a la Junta de Transparencia y Ética Pública decidimos darle visibilidad a nuestra institución y hacer conocer a la población los cometidos asignados por ley. Por ello comenzamos, en el 2011, a realizar estos actos conmemorativos y contamos, en todo momento, con el apoyo del Dr. Soares de Lima, que continua en su cargo desde el período de la Junta anterior.

Pero además, este año, se cumplen 15 años de la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la promulgación de la Ley 17060 de 23 de diciembre de 1998, que es la ley madre, la que le dio vida a la JUTEP, por lo tanto, es importante conmemorar su promulgación. Y sin querer ser muy nostálgico, también este año, se cumplen 10 años de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La Convención Interamericana contra la Corrupción se aprobó en 1996, pasado ese tiempo en que los Estados entendían que los problemas de la corrupción podían encontrarse y solucionarse solamente dentro de cada uno de los países. Pero al expandirse el uso de internet, se facilitaron los negocios transnacionales y el dinero traspasó las fronteras sin ningún problema, ya sea físicamente o manejándose desde distancias inconmensurables, lo que llevó a que apareciera la corrupción transnacional.

Los Estados se dieron cuenta de que no bastaba con que cada uno tratara de solucionar sus problemas en forma individual, sino que había que buscar los medios para dar la lucha en forma conjunta y a nivel planetario. De ahí el origen de la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyo preámbulo expresa «la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción».

Pero la Convención, a pesar de las normas especiales que establece, no dio respuesta a estas necesidades y es así que, en el 2001, en una Asamblea especializada, se formalizó el Mecanismo de Seguimiento de la Implantación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), del que el Dr. Baragli —quien más adelante expondrá algunas ideas— es un experto y uno de los decanos en la concurrencia a las reuniones del Comité de Expertos.

El MESICIC es un sistema de análisis entre pares, es decir, que cada Estado Parte es analizado por otros Estados Parte. Definir qué países serán analizados se hace en las reuniones del Comité de Expertos, que se compone de dos expertos por país: titular y alterno. La función del MESICIC es analizar al país designado para ayudarlo en la implementación de las normas de la Convención.

De esta manera, el Mecanismo prevé la realización de Rondas que duran cuatro años, durante ese tiempo deben examinarse todos los Estado Partes del MESICIC. Actualmente estamos en la Cuarta Ronda, que comenzó en septiembre de 2011 y finalizará en marzo del 2014.

Al comienzo de las Rondas se determina por sorteo el Estado Parte que será analizado y los dos Estados Parte que serán los analizadores. No se trata de examinar qué hicieron los gobernantes para aplicar a su legislación las normas de la Convención, sino simplemente se trata de colaborar con los países a los que se examina, a los efectos de ayudarlos, de ver cuáles son sus dificultades para poder implementar las recomendaciones de las normas de la Convención.

En 2010 se creó un nuevo mecanismo: la «visita *in situ*». Esta supone que los expertos de los dos países analizadores concurren al país evaluado —con su consentimiento— para reunirse con las autoridades de los organismos oficiales, con miembros de la sociedad civil y con otros señalados por el Estado Parte anfitrión. Y así los países evaluadores ayudan, colaboran con el país analizado en la actualización y mejora de las normas. Es decir, los países analizadores no hacen objeciones sobre la forma en cómo el Estado analizado resuelve sus temas, no dan opiniones subjetivas, sino buscan cooperar para combatir la corrupción.

Uruguay tuvo el privilegio junto con República Dominicana de ser los primeros en realizar una visita *in situ* dentro del Mecanismo, en esa oportunidad, en julio de 2012, expertos de Uruguay y República Dominicana visitaron a Brasil.

En el 2013 Uruguay fue el país analizado dentro del Mecanismo de Seguimiento de la Convención, en abril recibió la visita *in situ* de los dos países analizadores, que fueron Argentina y Antigua Bermuda, y de un representante de la Secretaría Técnica de la OEA.

Luego de esta visita, la Secretaría presentó un Proyecto de Informe Preliminar sobre Uruguay que, luego de analizado por los tres Estados, se convirtió en el Informe Preliminar que fue puesto a consideración en la siguiente reunión del Comité de Expertos.

Como a Uruguay se lo visitó en abril, en setiembre de 2013, durante la XXII.^a Reunión de Expertos se aprobó el informe sobre Uruguay. El Informe Final con las recomendaciones se encuentra en la web de la JUTEP. ([www,jutep.gub.uy](http://www.jutep.gub.uy))

A igual que la OEA, las Naciones Unidas adoptó un régimen de análisis de implementación de las normas de la Convención en el que mediante un sorteo se designa al país analizado y a los dos analizadores. Y recientemente adoptó el régimen de visitas *in situ*. En el sorteo Uruguay fue designado como país analizado y Argentina y Brasil como analizadores, motivo por el cual en agosto de 2013 Uruguay recibió a los expertos de los Estados Parte mencionados y a técnicos de las Naciones Unidas.

A la vez, Uruguay dentro del Mecanismo del MESICIC, realizó una visita *in situ* a Santo Domingo, República Dominicana, en octubre de 2013, como analizador junto a Honduras. En el mismo momento, por el procedimiento de las Naciones Unidas, expertos uruguayos junto a expertos australianos visitaron Holanda.

Por otra parte, dentro de las normas que tiene la Convención Interamericana hay una muy importante contenida en el artículo III: «Medidas preventivas», cuyo numeral 9 recomienda la creación de órganos de control superior a los efectos de detectar, prevenir, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.

Esa disposición fue la que dio origen a la Ley N.º 17060 y que instó a la creación de la Junta Asesora en Materia Económico Financiera del Estado, que en el 2008, de conformidad con la Ley N.º 18362 pasó a llamarse Junta de Transparencia y Ética Pública.

La primera Junta se creó en el 2001 y la primera integración la conformaban el Dr. Carlos Balsa, el Sr. Jorge Sambarino y el Dr. Eduardo Piaggio. Dicha Junta tuvo la difícil tarea de organizar lo que son hoy las Declaraciones Juradas y algo que para el funcionamiento actual resulta fundamental: lograr la aprobación del Decreto 30/2003. Este Decreto regula las normas de conducta de los funcionarios públicos y la ética en la función pública. Es la base de los cursos que se implementan desde el JUTEP, son las normas de conducta del funcionamiento de toda la Administración desde el punto de vista de la lucha contra la corrupción.

La segunda Junta estuvo integrada por la Esc. Beatriz Pereyra, el Dr. Adolfo Pérez Piera y el Cr. José Pedro Laffite, quien debió dejar el cargo por razones personales y fue reemplazado por el Dr. Carlos Soares de Lima. Esta segunda Junta obtuvo importantes logros, se destacan los Convenios firmados con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para iniciar los cursos sobre aplicaciones del Decreto 30/003, entre otras medidas importantes para la función pública. Pero, sobre todo, presentó un Proyecto de Fortalecimiento de la Transparencia, que corrige algunos inconvenientes de la Ley N.º 16060 y que está a consideración del Senado.

La tercera Junta, que funciona actualmente y está integrada —como se señaló antes— por el Dr. Luis Yarzábal, el Dr. Soares de Lima y quien escribe, continuó con el desarrollo de los cursos sobre las normas de conducta de los funcionarios públicos y la ética en la función pública, y otras funciones sin descuidar —como también lo hicieron las Juntas anteriores— las relaciones internacionales con la OEA y las Naciones Unidas. El relacionamiento internacional llegó al punto que el Dr. Carlos Balsa fue durante un período Presidente del MESICIC, hecho que fue un honor para Uruguay.

La Junta es designada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros con venia del Senado por el voto de tres quintos de miembros y dura cinco años en sus funciones. Sin embargo, por la Ley N.º 18172 se dispuso que los miembros de la Junta permanecerán en sus cargos hasta la toma de posesión de los nuevos miembros, por lo que el tiempo de ejercicio de funciones puede ampliarse hasta la toma de posesión de los nuevos jerarcas.

Por otra parte, para que la Junta, que es un órgano de control superior no se convierta en un superpoder, cuando se promulgó la Ley N.º 17060 no se la dotó de muchas funciones de investigación. Otro tema polémico fue buscar donde ubicarla. Primero se pensó en la Justicia, bajo la órbita del Poder Judicial, porque una de las funciones principales de la Junta es el asesoramiento en materia penal en los delitos contra la Administración Pública y contra la Hacienda Pública. También se pensó adosarla al Ministerio Público y al final se le ubicó como una Unidad Ejecutiva del Ministerio de Educación y Cultura.

Pero a pesar de esta ubicación funcional administrativa, la Junta fue creada como un órgano del Estado, que puede tener relaciones directas con los organismos públicos y con organismos internacionales, sin pasar por el

Ministerio en asuntos de su competencia técnica, en asuntos administrativos la ley establece que la Junta se comunica directamente con el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio.

Todo este andamiaje demuestra la necesidad urgente de cortar ese cordón umbilical administrativo que la Junta mantiene con la Administración Pública, teniendo en cuenta sobre todo la función de contralor que debe ejercer en materia de conducta pública, lo que lleva a sostener que no es jurídicamente aceptable, ser dependiente jerárquico de quien se debe determinar casos controlar.

Finalmente, debo señalar que desde la Junta tenemos un desafío muy grande porque la última Rendición de Cuentas en el Art. 139 dispuso, nada más ni nada menos, que todos los funcionarios del Ministerio del Interior sin excepción, deben presentar declaración jurada de bienes e ingresos. La Junta hasta el momento administraba unas 12.500 declaraciones juradas, de las cuales se presentaban anualmente entre 6.000 o 7.000. A partir de marzo de 2014 (del 1.º al 31) la cifra de declaraciones juradas nuevas ascenderá a 30.000.

Este gran problema solo pueden solucionarlo el Parlamento y ya está bastante adelantado el tema: no solo se está solucionando la ampliación del personal, sino además se aprobará la presentación de las declaraciones juradas en formato electrónico, a opción del obligado. Esto va a facilitar la comodidad de la persona para la presentación de declaración jurada y va a facilitar muchísimo el trabajo del personal de la JUTEP la administración y gestión de las declaraciones juradas en ese formato.

La exposición fue larga, me queda agradecer.

El enriquecimiento ilícito

El enriquecimiento ilícito

Exposición del Dr. Néstor Baragli

Agradezco la invitación a la Junta de Transparencia y Ética Pública de la República Oriental del Uruguay, que ya son viejos amigos, a quienes pertenecen o pertenecieron al Mecanismo de Seguimiento, a Iván Toledo, así como a todos los trabajadores de la Junta.

El delito de enriquecimiento ilícito en el continente americano

I. Breves apuntes doctrinarios

Desde hace varias décadas el tipo penal «enriquecimiento ilícito» es protagonista de un intenso debate en el campo académico, controversia que se ha extendido notablemente al ámbito de las relaciones internacionales a partir de la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA (CICC) y de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC), que lo regulan en su articulado.

En el marco de esta polémica doctrinaria, mientras unos señalan que la descripción habitual del tipo penal contradice palmariamente principios constitucionales, otros apoyan su inclusión en los códigos de fondo replicando que no existe tal contradicción.

Quienes adhieren a la primera posición¹ alegan, entre otras impugnaciones, que la figura vulneraría los principios de legalidad, debido proceso, defensa en juicio y de inocencia, así como la prohibición de declarar contra sí mismo². Mientras que los segundos refutan aparentes transgresiones con argumentos tan atendibles como los de sus antagonistas.

1 Una obra insoslayable que refuta la constitucionalidad del tipo bajo análisis es la de Sancinetti Marcelo: *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*. (art. 268, 2, C.P.). *Un tipo penal violatorio del estado de Derecho*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2º ed., 2000.

2 Principio «Nemo tenetur se ipsum accusare».

En virtud del objetivo esencialmente divulgativo de esta presentación, nos limitaremos a enunciar sucintamente algunos de los postulados básicos esgrimidos por ambos enfoques.

En primer lugar, quienes opinan que se conculca el principio de legalidad sostienen la indeterminación de la estructura objetiva del tipo, dada la aparente incertidumbre acerca del verbo típico y del momento en que se consuma el delito, configurándose de este modo interpretaciones contradictorias respecto de la conducta prohibida. También contribuiría a esta transgresión la vaguedad de algunas de las expresiones habitualmente utilizadas («incremento *significativo*», «enriquecimiento *apreciable*». «razonablemente justificado», «*debidamente* requerido», etc.).

En segundo término, conforme a la opinión de algunos autores nos encontraríamos frente a lo que se denomina un delito de sospecha, destinado a ser cerrado por las autoridades correspondientes —jueces o fiscales— en el momento del ejercicio de la acción penal. «Dado que la persona se enriqueció y no se puede probar el cómo, se sospecha que fue mediante cohecho, exacción o algo semejante, y luego se lo condena por eso».³ En este sentido, el tipo penal bajo análisis tendría carácter subsidiario, supletorio o residual, esto es, creado por el legislador ante las dificultades prácticas para probar otras figuras penales (soborno, malversación, administración fraudulenta, etc.) en las que debería indagarse el origen del enriquecimiento.

En tercer orden —y esta pareciera ser la objeción medular de quienes rechazan la constitucionalidad de este tipo penal— se violaría el principio de inocencia al invertirse la carga de la prueba, partiéndose, contra toda lógica constitucional, de una presunción de culpabilidad que el funcionario estaría obligado a revertir mediante la eventual justificación de su patrimonio. De este modo, se vulneraría el derecho de abstenerse de declarar en contra de sí mismo, puesto que el silencio del imputado podría eventualmente ser tomado en su contra.

En cuarto lugar, la redacción más habitual del tipo penal conspiraría también contra la legitimidad procesal de la figura, por cuanto el requerimiento de justificación tendría lugar en el marco del juicio ya iniciado, con lo

.....
3 Donna, Edgardo Alberto: *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª edición, 2001. Tomo III, p. 396.

que se daría el caso de un supuesto delito que se perfecciona una vez iniciado el proceso penal. Lo que a todas luces no se condice con la dinámica del ejercicio de la acción penal en el sistema de persecución criminal.

Por último, se quebrantaría el derecho a la igualdad ante la ley, por cuanto se estaría en principio sometiendo a los funcionarios a una imposición adicional por el solo hecho de ser tales (configurándose una suerte de discriminación a la inversa).

Estos son, en apretada síntesis, algunos de los argumentos de quienes no aceptan una pacífica correlación entre el tipo penal de enriquecimiento ilícito y las mencionadas garantías constitucionales.

Una de las claves para responder a estas objeciones —o para adherir a una u otra postura— se encuentra en la determinación del momento de la consumación del delito, esto es, si se entiende que tiene lugar cuando el funcionario no justifica su supuesto enriquecimiento (en cuyo caso estaríamos frente a un delito de omisión) o en el acto de enriquecerse (delito de acción o comisión).

La jurisprudencia argentina ha concluido, por el momento, este debate, principalmente a través de tres pronunciamientos en el marco del caso «Alsogaray, María Julia»: uno del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N.º 4 de la Capital Federal⁴ (mayo de 2004), el segundo por el que se declara la constitucionalidad del artículo 268(2) del Código Penal argentino por parte de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación⁵ (junio de 2005), y finalmente con el dictamen de la Procuración General de la Nación de octubre de 2007⁶, llegándose a esa última instancia a través de un recurso presentado ante la Corte Suprema de Justicia por la defensa. En el citado dictamen el Procurador replica y analiza los dichos de todas las partes involucradas —defensa e instancias judiciales— y hace evidente los argumentos que tornan plausible la

4 Causa N.º. 648 de su Registro, por veredicto del 21/5/2004.

5 Fallo completo de la Cámara Nacional de Casación Penal (09/06/2005. Causa N° 4787 Sala IV. Registro N° 6674.4). Disponible en: http://tmp.jgm.gov.ar/Paginas/InformeSenado/Informe%2079/Anexos/101-170_AyB/oficina_anticorrupcion_resp_101/UNCAC-Resp_Cuest-Anexos/Art_20_UNCAC-Anexos/ENRIQU1.PDF

6 «Alsogaray, María Julia s/recurso de casación e inconstitucionalidad», S.C. A 1846; L. XLI.- del 3/10/2007. Disponible en: http://www.mpf.gov.ar/Dictámenes/2007/righi/a_maria_a_1846_l_xli.pdf

justificación constitucional de la figura bajo análisis, entre los que se destacan los esgrimidos por la Cámara de Casación en el fallo citado:

«El delito se configura [...] con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, quebrando asimismo la rectitud requerida en la función. Pero esta injustificación, [...] no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación —en base a las pruebas colectadas en el juicio— de que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en definitiva, cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada. De modo que no se castiga sobre la base de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado.

Definida cuál es la acción que conforma la esencia del tipo penal en estudio, puede concluirse que no se trata entonces de un delito que se configure por la mera no justificación por parte de un funcionario o empleado público de un enriquecimiento considerable. Ello por cuanto cabe partir, a fuerza de resultar reiterativos, de que el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen de un enriquecimiento patrimonial apreciable —suyo o de persona interpuesta para disimularlo—; sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente. Esto implica que corresponde al Estado probar este extremo de la imputación delictiva fundada en los términos del artículo 268 (2) del Código Penal, acreditando el injustificado enriquecimiento apreciable vinculado al ejercicio de la función pública (en el sentido de que no pudo concluirse como derivado o proveniente de sus haberes u otras fuentes lícitas).

La omisión de justificar pasa así a otro plano —contrariamente a lo que sostiene la defensa—, por lo que no puede sostenerse que se trate de un delito de omisión. En efecto, las consideraciones expuestas permiten concluir que no es aquello lo que fundamenta y tipifica el delito, pues aún cuando el funcionario violare, respecto de la doctrina que así lo considera, un ‘deber formal de justificar’ el incremento patrimonial apreciable, si ello se justificara por un tercero, o por la prueba reunida por el órgano jurisdiccional, no habría afectación al bien jurídico; pues, como vimos,

el núcleo del injusto típico está dado por el enriquecimiento apreciable objetivamente injustificado, lo cual nos acerca, antes bien, al campo de los delitos de acción. [...].

En efecto, la consumación de este delito es anterior e independiente del requerimiento que menciona la figura. Así se ha dicho que no puede adoptarse como uno de sus elementos constitutivos una acción dependiente del Estado, que no quita ni agrega nada, en definitiva, a la decisión del sujeto de incrementar su patrimonio en forma injustificada [...]; ni puede asignarse entidad delictiva en los términos de esta figura penal a la circunstancia de que el sujeto no conteste el requerimiento de justificación patrimonial que se le efectúa en un proceso judicial, ni a la insuficiente explicación acerca del origen del enriquecimiento que realice en ese mismo marco, pues ambas situaciones deben reputarse manifestaciones del ejercicio del derecho de defensa en juicio [...]

La cláusula del debido requerimiento y de la no justificación solo pueden entenderse como requisitos establecidos en exclusivo resguardo del derecho de defensa en juicio, para garantizarlo, y que tienen como objetivo que se asegure al imputado el conocimiento de la materia de imputación y la posibilidad de acreditar el origen lícito del incremento patrimonial apreciable e injustificado, que en principio se le enrostra. [...]

En consecuencia, aquellos recaudos, contenidos en la disposición, no pueden ser interpretados como una exigencia de actividad probatoria dirigida al autor del actuar ilícito, y tampoco como elementos constitutivos del delito, [...], pues la injustificación se le imputa al funcionario público como inherente al incremento patrimonial, y es previa, por ende, al requerimiento de justificación, y al comienzo del proceso penal; el cual no se inicia, en modo alguno, para ‘provocar’ durante su desarrollo la comisión del delito[...].⁷

Luego de realizar un breve repaso de los argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito a la luz de la doctrina y la jurisprudencia argentinas⁸, abordaremos el tipo penal en el

7 Fallo citado de la Cámara Nacional de Casación Penal (09/06/2005. Causa N° 4787 – Sala IV. Registro N° 6674.4), p. 19. 20 y 21.

8 Sugerimos a los interesados en profundizar en la materia, ver: Bruzzone, Gustavo A. y Gullco, Hernán (coordinadores): Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (Art. 268 [2] del C.P.), Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2005.

contexto de las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción y el derecho comparado regional.

II. El delito de enriquecimiento ilícito en las convenciones internacionales de lucha contra la corrupción

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobada en el 2003, destaca desde su Preámbulo la preocupación de este tratado por el tema que nos ocupa, y hace hincapié en su poder de daño sobre las sociedades, cuando manifiesta su convencimiento de que « [...] el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley».

Por su parte, en su artículo 20 la CNUCC expresa:

«Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.»

En el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada en 1996), el delito de enriquecimiento ilícito se encuentra legislado en su artículo 9, que dispone:

«Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.»

Analizada la terminología utilizada por ambos textos legales conforme las habituales reglas de interpretación de las convenciones internacionales, obsérvese que la disposición citada de la CICC ostenta mayor énfasis en cuanto a su obligatoriedad que la de su par de las Naciones Unidas. Mientras que el tratado regional recurre al categórico tiempo verbal «adoptarán», la CNUCC opta por la fórmula «considerará la posibilidad de adoptar». En este sentido, conforme la guía elaborada por las Naciones Unidas para la interpretación de la CNUCC⁹, el artículo 20 integra aquellas disposiciones comprendidas bajo la clasificación de requisitos facultativos, esto es, aquellas cuestiones sobre las cuales, sin ser de observancia forzosa, la Convención obliga, no obstante, a considerar su cumplimiento, instando a sus Estados Parte «a que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y a que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico».¹⁰

Cabe destacar, por último, que los Mecanismos de Seguimiento de ambas Convenciones resultan fuentes de información sumamente valiosas para todo interesado en conocer las normas y políticas implementadas por los Estados para luchar contra la corrupción. En este sentido, en el caso específico del delito de enriquecimiento ilícito, tanto el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC)¹¹ en su Tercera Ronda, como el Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹² en su Primer Ciclo, ya se han dedicado al tema, por lo que sugerimos consultar la abundante información disponible en ambos casos.

-
- 9 La Guía Legislativa para la Aplicación de la cnucc se encuentra disponible en: http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf
 - 10 Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, Naciones Unidas, 2008, p. 4.
 - 11 Los antecedentes y documentación completa del MESICIC/OEA se encuentran accesibles para todo interesado en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Lucha.html>
 - 12 Los antecedentes y documentación completa del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la cnucc se encuentran en: <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/IRG.html>

III. El delito de enriquecimiento ilícito en el ámbito de la Convención Interamericana contra la Corrupción

III. a) El Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC): una valiosa fuente de información

En mayo de 2001 se realizó en Buenos Aires la Primera Conferencia de los Estados Parte en la Convención Interamericana contra la Corrupción sobre el Mecanismo de Seguimiento de su implementación. En esta Conferencia se redactó el «Acta de Buenos Aires»¹³, que fue adoptada por la Organización de los Estados Americanos el 4 de junio de 2001, en San José de Costa Rica, en ocasión del xxxi período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

Dicha Acta constituyó el punto de partida del MESICIC, un valioso instrumento de cooperación internacional en materia de lucha contra la corrupción, que lleva ya más de una década de intenso trabajo que desarrollan activamente sus 31 Estados Parte y el Departamento de Cooperación Jurídica de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, a cargo de la Secretaría Técnica del Mecanismo.

En pocas palabras, podemos describir al MESICIC como un ejercicio de evaluación entre pares (*peer review*) para que sus Estados Parte se analicen mutuamente respecto de cómo implementan los postulados de la Convención Interamericana contra la Corrupción.¹⁴

13 «Documento de Buenos Aires sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción», disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/doc_buenos_aires_sp.pdf

14 Para profundizar acerca del MESICIC, sus antecedentes, características y modo de funcionamiento, sugerimos ver: Oficina anticorrupción, «Convención Interamericana contra la Corrupción. Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción». Oficina Anticorrupción de la República Argentina, Buenos Aires, 2da Ed., 2007. Disponible en: <http://www.anticorrupcion.gov.ar/Documentos/Libro%20CICC%202ed.pdf> y De michele, Roberto y Baragli, Néstor, Una experiencia de trabajo conjunto entre la sociedad civil y el sector público. Actuación de la Oficina Anticorrupción de la República Argentina en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción y su Mecanismo de Seguimiento. Buenos Aires, LA LEY, Año LXVI, N° 220, 14 de noviembre de 2002. Accesible en: <http://www.anticorrupcion.gov.ar/RDM-NB-LA%20LEY-14112002.pdf>

El Mecanismo se divide en rondas, en cada una de las cuales se examinan distintas disposiciones de la Convención sobre cuya implementación los Estados responden un cuestionario y ponen a disposición del Mecanismo información completa sobre cada tema evaluado (normas, jurisprudencia, doctrina aplicable y datos estadísticos).¹⁵

A esta amplia gama de datos brindada por los países se agrega una valiosa mirada externa, la de las organizaciones de la sociedad civil, que pueden también participar activamente a través de la presentación de documentos e informes. Si a este procedimiento transparente y rico en información le sumamos su amplia divulgación a través de internet¹⁶, tenemos como resultado no solo un saludable ejercicio de asistencia y cooperación entre los Estados de la región, sino también una eficiente y completa base de datos con información actualizada respecto del plexo normativo y la implementación de políticas de lucha contra la corrupción en el continente.

Al momento de escribir estas líneas, el Comité de Expertos del Mecanismo lleva ya realizadas 22 reuniones plenarias y se encuentra en la mitad de su Cuarta Ronda, por lo que, apelando a la memoria institucional del MESICIC intentaremos esbozar el estado de situación en que se encuentran los países de la región respecto del tipo penal de enriquecimiento ilícito.¹⁷

III. b) Estado de situación de la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en los Estados Parte del MESICIC

De los 31 Estados Parte del MESICIC, siete aluden, de algún modo, al enriquecimiento ilícito en sus textos constitucionales (Argentina, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, República Dominicana y Venezuela); 17 de

15 Para conocer detalladamente cómo es el modo de funcionamiento del MESICIC, recomendamos consultar su «Reglamento y Normas de Procedimiento». Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_reglamento.pdf

16 Ver el «Portal Anticorrupción de las Américas» del Departamento de Cooperación Jurídica de la oea: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Lucha.html>

17 Téngase presente que el MESICIC ha analizado el delito de enriquecimiento ilícito en su Tercera Ronda (desarrollada entre los años 2009 y 2011), motivo por el cual algunos de los datos del presente capítulo pueden encontrarse desactualizados, en razón de los cambios y progresos realizados por algunos Estados en la materia desde el momento de su análisis a la actualidad. No obstante ello, hemos intentado actualizar la información del modo más preciso posible apelando a los informes de avance que los países presentan periódicamente ante el Comité de Expertos y a la valiosa colaboración de la Secretaría Técnica del Mecanismo, a cargo del Departamento de Cooperación Jurídica de la oea.

ellos lo han incorporado a su legislación interna (Argentina, Belice, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela) y los restantes 14 aún no lo han hecho, aunque muchos de sus Parlamentos se encuentran en avanzado debate legislativo en la materia. De aquellos países que no han legislado el delito, Canadá y Estados Unidos de América han realizado expresa reserva respecto del artículo 9 de la CICC al interpretar que dicha disposición invierte la carga de la prueba, por lo que se atentaría contra el principio constitucional de la presunción de inocencia.

Mencionados estos parámetros generales, realizaremos acto seguido un recorrido por algunas de las normas que regulan el enriquecimiento ilícito en algunos de los países de la región.

Argentina

En la Argentina, a partir de 1994, la Constitución menciona expresamente en su artículo 36 al enriquecimiento producto de «grave delito doloso contra el Estado» como un atentado contra el sistema democrático.

Por su parte, el tipo penal —que comenzó a debatirse parlamentariamente en 1936— se incluyó en el Código Penal en 1964, fecha de la sanción de la Ley N.º 16648, a través del artículo 268(2) que expresaba:

«Art. 268(2): Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción del cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años.»

En el año 1999, con la sanción de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (N.º 25188), el artículo se modificó y quedó redactado del siguiente modo:

«Art. 268(2): Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho».

Asimismo, la mencionada ley incluye dos nuevos delitos relacionados con el enriquecimiento ilícito: la omisión maliciosa de presentar declaración jurada patrimonial y la falsedad u omisión maliciosa de los datos insertados en ella. En este sentido, el artículo 268(3) del Código Penal reza:

«Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo. El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda. En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables».

Bolivia

La sanción de la «Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz», de marzo de 2010, significó un destacado avance en materia normativa para el Estado Plurinacional de Bolivia, que reguló el delito bajo análisis a través de las siguientes disposiciones legales:

«Artículo 27. (Enriquecimiento ilícito). La servidora pública o servidor público, que hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda ser justificado, será

sancionado con privación de libertad de cinco a diez años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos, multa de doscientos hasta quinientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.

Artículo 28. (Enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado). La persona natural que mediante actividad privada hubiere incrementado desproporcionadamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos afectando el patrimonio del Estado, no logrando desvirtuar tal situación, será sancionada con la privación de libertad de tres a ocho años, multa de cien a trescientos días y el decomiso de los bienes obtenidos ilegalmente.

Incurrirán en el mismo delito y la misma pena, los representantes o ex representantes legales de las personas jurídicas que mediante actividad privada hubieren incrementado el patrimonio de la persona jurídica, afectando el patrimonio del Estado y que no pueda demostrar que provienen de una actividad lícita; adicionalmente, la persona jurídica restituirá al Estado los bienes que le hubiesen sido afectados además de los obtenidos como producto del delito y será sancionada con una multa del 25 % de su patrimonio.

Artículo 29. (Favorecimiento al enriquecimiento ilícito). El que con la finalidad de ocultar, disimular o legitimar el incremento patrimonial previsto en los artículos precedentes, facilitare su nombre o participare en actividades económicas, financieras y comerciales, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos y multa de cincuenta a quinientos días.

Artículo 33. (Falsedad en la declaración jurada de bienes y rentas). El que falseare u omitiere insertar los datos económicos, financieros o patrimoniales, que la declaración jurada de bienes y rentas deba contener, incurrirá en privación de libertad de uno a cuatro años y multa de cincuenta a doscientos días».

Chile

El Artículo 241 Bis del Código Penal chileno dispone:

«El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con

multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito. La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público. Si el proceso penal se inicia por denuncia o querrela y el empleado público es absuelto del delito establecido en este artículo o se dicta en su favor sobreseimiento definitivo por alguna de las causales establecidas en las letras a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal,¹⁸ tendrá derecho a obtener del querellante o denunciante la indemnización de los perjuicios por los daños materiales y morales que haya sufrido, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de estos últimos por el delito del artículo 211 de este Código».

Como vemos, el sistema penal chileno tipificó el delito de enriquecimiento ilícito pero cuidó mencionar expresamente —para evitar impugnaciones de tipo constitucional— que es en el Estado sobre quien recae la carga de la prueba y, asimismo, realizó especial hincapié en establecer «un sistema que tratare de prevenir las denuncias infundadas en contra de cualquier funcionario público», como expresó el propio país durante su proceso de análisis en el marco del MESICIC.¹⁹

Colombia

El Código Penal de Colombia en su artículo 412 establece:

«El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá

18 Las letras a) y b) del artículo 250 del Código Procesal Penal expresan lo siguiente: «Sobreseimiento definitivo. El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo: a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito; b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado».

19 Informe de la República de Chile correspondiente a la Tercera Ronda de análisis del MESICIC (aprobado en la sesión plenaria del 16/09/2010), página 20, nota al pie N° 20. http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_chl.pdf

en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses».²⁰

La tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en Colombia fue oportunamente observada por la organización de la sociedad civil Corporación Transparencia por Colombia, que en un informe realizado en el marco del análisis del país por parte del MESICIC destacó el carácter subsidiario del delito conforme la redacción del tipo penal:

« [...] Al respecto hay un amplio debate jurídico sin fácil solución, acerca del cual se ha resaltado el carácter subsidiario del tipo penal en cuestión (Barcenas, 200: 24). Así, el carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito se mantiene, en la medida en que ‘la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado’ (Barcenas, 2003: 26). Esto quiere decir que si, por ejemplo, una serie de hechos configura enriquecimiento ilícito y peculado, entonces la condena más probable será por peculado».²¹

Con referencia a la citada observación, Colombia confirmó el carácter subsidiario del tipo bajo análisis, mediante el aporte de jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de Casación N.º 25.587) en la que se expresa:

«Pertinente es aclarar, como lo hace el Magistrado Aldana Roza en el estudio transcrito por la delegada, que este carácter subsidiario que se le dio al punible, no fue para solucionar posibles conflictos aparentes de tipos, como con frecuencia lo hace el legislador, sino para impedir que por falta de precisión probatoria quedara en la impunidad cualquiera de los otros delitos contra la administración pública. [...] Es decir, que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias de éste, pero la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc., habría

20 Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005.

21 Informe de la República de Colombia correspondiente a la Tercera Ronda de análisis del MESICIC (aprobado en la sesión plenaria del 25/03/2010), página 20, párrafo [85]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_col.pdf

necesidad de absolverlo si no existiera en el Código la figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria».²²

Costa Rica

La Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la Función Pública de Costa Rica (Ley N.º 8422) tipifica el delito bajo análisis en su artículo 45:

«Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondos, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por si o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones que afecte su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas».

Ecuador

La Constitución política de la República de Ecuador dispone en su artículo 233:

«Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.»

.....
22 Informe de la República de Colombia correspondiente a la Tercera Ronda de análisis del MESICIC (aprobado en la sesión plenaria del 25/03/2010), página 20, párrafo [87]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_col.pdf

Paralelamente, el Código Penal ecuatoriano regula el delito de enriquecimiento ilícito en su artículo 296:

«Artículo 296.1.: Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.

Artículo 296.2.: El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.»

El Salvador

Como se dijo, El Salvador es otro de los países de la región que alude al delito de enriquecimiento ilícito en su Carta Magna. En efecto, en su artículo 240 de la Constitución de la República se expresa:

«Los funcionarios y empleados públicos que se enriquecieren sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes.

Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener, en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto.

Los funcionarios y empleados que la ley determine están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tomen posesión de sus cargos. La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en este artículo. Al cesar en sus cargos los funcionarios y empleados aludidos, deberán hacer nueva declaración del estado de

sus patrimonios. La ley determinará las sanciones por el incumplimiento de esta obligación.

Los juicios por enriquecimiento sin causa justa solo podrán incoarse dentro de diez años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento.»

Por su parte, el Código Penal salvadoreño regula el delito bajo análisis en su artículo 333:

«El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.

En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo.»

Guatemala

La Ley contra la Corrupción de Guatemala (Decreto N.º 31-2012) realizó diversas incorporaciones y modificaciones normativas en su sistema legal, entre las que merece destacarse, a los fines del objeto de este texto, la relación que se establece —como lo hacen otros Estados de la región— entre el delito de enriquecimiento ilícito y las declaraciones juradas patrimoniales de funcionarios públicos.

«Artículo 16: Se adiciona el artículo 419 Bis al Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República y sus reformas, el cual queda así:

Artículo 419 Bis. Incumplimiento del deber de presentar declaración jurada patrimonial. Comete el delito de incumplimiento del deber de presentar declaración jurada patrimonial, el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas que estuviere obligado legalmente a presentar o actualizar su declaración jurada patrimonial y omitiere hacerlo transcurridos sesenta días luego de la toma de posesión, o lo hiciere sin cumplir con los requisitos previstos en la ley de la materia, será sancionado con multa, la cual corresponderá a la multiplicación del

salario o sueldo mensual del responsable por los meses de atraso en la entrega de la declaratoria.

Artículo 17: Se adiciona el artículo 419 Ter al Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República y sus reformas, el cual queda así:

Artículo 419 Ter. Falsedad en declaración jurada patrimonial. Comete delito de falsedad en declaración jurada patrimonial, el funcionario público, empleado público o quien ejerza funciones públicas, que durante el ejercicio de su cargo incurra en falsedad al realizar las declaraciones juradas de bienes ante la Contraloría General de Cuentas.

La acción penal de este delito es independiente de los procesos por cuentas establecidos en la legislación ordinaria vigente.

El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a seis años, multa de veinticinco mil a doscientos mil Quetzales e inhabilitación especial.

Artículo 31: Se adiciona el artículo 448 Bis al Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República y sus reformas, el cual queda así:

Artículo 448 Bis. Enriquecimiento ilícito. Comete delito de enriquecimiento ilícito, el funcionario, empleado público o quien ejerza funciones públicas, y hasta cinco años después de haber cesado en el ejercicio de la función pública, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, un incremento en su nivel de gastos, cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener, derivado del ejercicio del cargo o de cualquier ingreso y que no pueda justificar su procedencia lícita.

El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de cinco a diez años, multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales e inhabilitación especial.

Artículo 32: Se adiciona el artículo 448 Ter al Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República y sus reformas, el cual queda así:

Artículo 448 Ter. Enriquecimiento ilícito de particulares. Comete el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, quien sin ser funcionario o empleado público, administre, ejecute o maneje recursos públicos o bienes del Estado, hasta cinco años después de haber cesado en dicha función, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, incremento en su nivel de gastos, o cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener derivado de su administración, ejecución o manejo u otros ingresos lícitos.

El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales.

En caso que el responsable de este delito sea una persona jurídica, para la imposición de la pena se aplicará lo previsto en el artículo 38 del Código Penal.»

Honduras

La Constitución política de la República de Honduras dispone en su artículo 222, con referencia al Tribunal Superior de Cuentas lo siguiente:

«El Tribunal Superior de Cuentas (TSC) [...] En el cumplimiento de su función deberá realizar el control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia y eficacia, economía, equidad, veracidad y legalidad. Le corresponde, además, el establecimiento de un sistema de transparencia en la gestión de los servidores públicos, la determinación del enriquecimiento ilícito y el control de los activos, pasivos y, en general, del patrimonio del Estado».

La Ley Fundamental de Honduras cuenta asimismo con un capítulo (el número V) dedicado al enriquecimiento ilícito, cuyo único artículo (N.º 233) dispone:

«Se presume enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del capital del funcionario o empleado público desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo, hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido obtener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

Igualmente se presumirá enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no autorizare la investigación de sus depósitos bancarios o negocios en el país o en el extranjero.

Para determinar el aumento a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se considerarán en conjunto el capital y los ingresos del funcionario o empleado, el de su cónyuge y el de sus hijos.

La declaración de bienes de los funcionarios y empleados públicos, se hará de conformidad con la ley.

Cuando fuere absuelto el servidor público tendrá derecho a reasumir su cargo».

Honduras también ha dado tratamiento a la temática bajo análisis a través del Decreto N.º 301 (Ley contra al enriquecimiento ilícito de los servidores públicos) del año 1993, en donde —entre otras cuestiones— se establece:

«Artículo 7. Incurrirán en enriquecimiento ilícito las personas a que se refiere el Artículo 2 de esta Ley cuando:

- a) En cualquier forma indebida o ilegal se apropien de fondos públicos.
- b) Reciban de terceros emolumento, bonificación, retribución o pago, cualquiera que sea la denominación que se emplee, que no pueda justificarse legalmente.
- c) Para obtener ventajas económicas, adopten decisiones que afecten los intereses del Estado o violen alguna norma legal.
- d) En cualquier otra forma incurran en falta de probidad de conformidad con esta Ley, en el desempeño de sus cargos o en el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 8. Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa.

Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del servidor público, con los de sus cónyuge, compañero o compañera de hogar, hijos sujetos a patria potestad y pupilos se considerarán en conjunto.

Para justificar la presunción de enriquecimiento ilícito del servidor público, se tomará en cuenta: sus condiciones económicas personales previas al ejercicio del cargo o empleo.

b) la cuantía en que ha aumentado su capital en relación al monto de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; y,

c) la ejecución de otros actos o la existencia de otras circunstancias que permitan presumir que la persona ha incurrido en alguno de los casos de enriquecimiento ilícito a que se refiere el Artículo 7 de esta ley.

Artículo 9. La carga de la prueba sobre las circunstancias indicadas en los artículos anteriores, la relativa al importe de ingresos y de gastos ordinarios y la que tienda a comprobar la licitud del aumento de capital, pesa sobre el servidor público.

Artículo 10. Los bienes que formen el enriquecimiento ilícito comprobado judicialmente, pasarán a ser propiedad del Estado mediante adjudicación que hará el Juez en la sentencia definitiva.

El Estado se considerará acreedor con prelación sobre cualquier otro, con respecto a los bienes del servidor público o los que formen su sucesión para los efectos de recuperar el producto del enriquecimiento ilícito».

A través de esta legislación, Honduras es otro de los Estados de la región que vinculan las declaraciones patrimoniales de los funcionarios con el delito de enriquecimiento ilícito.

México

La Constitución política mexicana dedica su título cuarto (artículos 108 a 114) a las responsabilidades de los servidores públicos y a la responsabilidad patrimonial del Estado. En el penúltimo párrafo del artículo 109 se menciona al tipo penal bajo análisis del siguiente modo:

«Las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los

servidores públicos que durante el tiempo de su encargo, o por motivos del mismo, por sí o por interpósita persona, aumenten substancialmente su patrimonio, adquieran bienes o se conduzcan como dueños sobre ellos, cuya procedencia lícita no pudiesen justificar. Las leyes penales sancionarán con el decomiso y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las otras penas que correspondan».

Durante el análisis de México en el marco del MESICIC²³, el país realizó una aclaración respecto del delito en cuestión con relación a las garantías constitucionales a través de la siguiente cita:

«La interpretación genético teleológica de la reforma al título cuarto de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que comprende los artículos del 108 al 114, publicada en el Diario Oficial de la Federación de veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, revela que las causas generadoras de la misma, se sustentan en la necesidad de establecer nuevas bases constitucionales para sancionar adecuadamente y con mayor rigor las responsabilidades de los servidores públicos. Así mismo, del análisis minucioso de la exposición de motivos y de los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión y de su debate, en lo que se refiere al artículo 109, fracción III, párrafo tercero, que contiene la intención expresa de sancionar penalmente a los servidores públicos por causa de enriquecimiento ilícito, no se advierte la voluntad del Poder Reformador de la Constitución de establecer un régimen de excepción a las garantías individuales. Efectivamente, si bien del precepto mencionado se desprende que el servidor público debe acreditar la legítima procedencia de su patrimonio, ello no debe entenderse como un desplazamiento de la carga probatoria al inculpado, sino como el derecho de defensa que goza para desvirtuar los elementos de prueba en su contra. Por lo tanto, es al Ministerio Público conforme a las reglas generales contenidas en los artículos 21 y 102 constitucionales, a quien corresponde comprobar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado. Para determinar que un servidor público se ha enriquecido ilícitamente (núcleo esencial del delito), se requiere la comprobación previa de determinados hechos o circunstancias, como son la calidad del acusado como servidor público (sujeto calificado), la situación patrimonial del mismo al iniciar y al concluir sus funciones, la remuneración percibida durante

23 Informe de México correspondiente a la Tercera Ronda de análisis del MESICIC (aprobado en la sesión plenaria del 25/03/2010), página 18, nota al pie N° 37. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_mex.pdf

el desempeño de su cargo, y la circunstancia real del patrimonio que en la actualidad cuente el sujeto, para poder de esa forma arribar a un proceso lógico y natural en el que se advierta con nitidez y con un mínimo de sentido común que existe una desproporción sustancial entre lo percibido por el servidor público con motivo de su empleo, cargo o comisión y lo que realmente cuenta en su haber patrimonial. Estos hechos y circunstancias concatenados entre sí, generan la presunción *iuris tantum* de que el sujeto activo se ha enriquecido de manera ilícita, lo que constituye prueba circunstancial que acredita el cuerpo del delito y la responsabilidad del mismo, los cuales en todo caso pueden ser desvirtuados a través del acreditamiento por parte del servidor público, de la licitud del aumento sustancial de su patrimonio.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXVI/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos».

En cuanto a la legislación de fondo, el Código Penal Federal²⁴ en su artículo 224 dispone:

«Se sancionará a quien con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público, haya incurrido en enriquecimiento ilícito. Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos».²⁵

24 Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo7.pdf

25 La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas establece en su artículo 8, fracción XI, el deber de los servidores públicos de presentar con oportunidad y veracidad las declaraciones de situación patrimonial. Los artículos 35 a 47 de la citada ley regulan lo relacionado a la presentación de las declaraciones de situación patrimonial por parte de los servidores públicos, así como las facultades de la Secretaría de la Función Pública en materia de investigación y auditoría de la evolución patrimonial de los servidores públicos.

Incurrir en responsabilidad penal, asimismo, quien haga figurar como suyos bienes que el servidor público adquiriera o haya adquirido en contravención de lo dispuesto en la misma ley, a sabiendas de esta circunstancia.

Al que cometa el delito de enriquecimiento ilícito se le impondrán las siguientes sanciones:

- Decomiso en beneficio del Estado de aquellos bienes cuya procedencia no se logre acreditar de acuerdo con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
- Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.
- Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda del equivalente de cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Nicaragua

El Código Penal nicaragüense (Ley N.º 641 de 2008) tipifica el delito de enriquecimiento ilícito en su artículo 448:

«La autoridad, funcionario o empleado público, que sin incurrir en un delito más severamente penado, obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso, respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente su procedencia, al ser requerido por el órgano competente señalado en la

ley, será sancionado de tres a seis años de prisión e inhabilitación por el mismo período para ejercer cargos o empleos públicos.»²⁶

Panamá

El artículo 345 del Código Penal panameño regula la figura bajo análisis del siguiente modo:

«El servidor público que, personalmente o por interpuesta persona, incrementa indebidamente su patrimonio respecto a los ingresos legítimos obtenidos durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo, y cuya procedencia lícita no pueda justificar será sancionado con prisión de tres a seis años.

La pena será de seis a doce años de prisión si lo injustificadamente obtenido supera la suma de cien mil balboas (B/.100,000.00).

La misma sanción se aplicará a la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

Para efectos de esta disposición, se entenderá que hay enriquecimiento injustificado, no solo cuando el patrimonio se hubiera aumentado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos legítimos, sino también cuando se hubieran cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban».

Paralelamente, la Ley N.º 39 (del 19 de julio de 2001) —que modifica y adiciona disposiciones al Código Penal y al Código Judicial y dicta normas para la prevención de la corrupción— en su artículo 28 dispone:

«Las investigaciones de los delitos de soborno transnacional y enriquecimiento ilícito, también podrán ser iniciadas a petición del Estado en el que se hayan cometido tales delitos. Las pruebas provenientes del extranjero, en cuanto a la formalidad para su recepción, se regirán por la ley del lugar donde se obtengan; y, en cuanto a su valoración, por las normas procesales vigentes en la República de Panamá, salvo lo dispuesto en los tratados aplicables a la materia, ratificados por ésta».

.....
26 El órgano competente en la materia es la Contraloría General de la República, de acuerdo a lo establecido en los artículos 23 y 24 de la Ley N° 438: «Ley de Probidad de los Servidores Públicos».

En el caso de Panamá, al igual que en situaciones similares por parte de otros Estados analizados en el marco de la Tercera Ronda del MESICIC, el Comité de Expertos del Mecanismo realizó una recomendación específica referida a la expresión: «incremente indebidamente su patrimonio». Sobre el particular dijo el Comité²⁷:

« [...] el Comité observa que el tipo penal de enriquecimiento ilícito dispuesto en el artículo 345 del Código Penal contiene un elemento adicional que no se encuentra en el artículo IX de la Convención, referente a que ‘El servidor público que, personalmente o por interpuesta persona, incremente indebidamente su patrimonio [...]’, lo que parecería indicar que su aplicación estaría condicionada a la comprobación de quien ha incrementado injustificadamente su patrimonio lo ha hecho indebidamente. En atención a lo anterior, el Comité estima útil que el país analizado considere, con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptar las medidas pertinentes para adecuar el artículo 345 de manera que se elimine el elemento ‘indebidamente’ de la tipificación del enriquecimiento ilícito. [...]»

4.4. Conclusiones y Recomendaciones [...]: a. Adoptar las medidas pertinentes para adecuar el artículo 345 del Código Penal a lo dispuesto en el Artículo IX de la Convención, eliminando el elemento “indebidamente” de la tipificación de la conducta del enriquecimiento ilícito. (Ver sección 4.3 del capítulo II de este informe).»

Paraguay

La República del Paraguay ha tipificado el delito de enriquecimiento ilícito mediante Ley N.º 2523/04 «que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias»²⁸, entre cuyas disposiciones cabe señalar las siguientes:

El artículo 3.º establece que comete hecho punible de enriquecimiento ilícito el funcionario público comprendido en cualquiera de las situaciones

27 Informe de la República de Panamá correspondiente a la Tercera Ronda de análisis del MESICIC (aprobado en la sesión plenaria del 16/09/2010), página 17 párrafo [106] y página 18 párrafo [111]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_pan.pdf

28 Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_pry_ley2523.doc

previstas en el artículo 2⁹, quien con posterioridad al inicio de su función, incurra en cualquiera de las siguientes situaciones:

- a) Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente.
- b) Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas.

Perú

La Ley N.º 28355 de 2004 (norma que modifica diversos artículos del código penal y de la ley penal contra el lavado de activos), mediante la cual se modificó el artículo 401 del Código Penal del Perú, referido al enriquecimiento ilícito, expresa: el funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas,

.....

29 El artículo 2.º establece que la citada Ley N.º 2523/04 será aplicable a toda persona que cumpla una función pública, o tenga facultades de uso, custodia, administración o explotación de fondos, servicios o bienes públicos, cualquiera sea la denominación del cargo, o su forma de elección, nombramiento o contratación, que incurra en los hechos punibles tipificados en dicha ley.

es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

En el informe del Perú correspondiente a la Tercera Ronda del MESICIC, se realizó una observación que coincide con otras recomendaciones del Comité de Expertos para casos análogos:³⁰

«[...] el Comité observa que el tipo penal de enriquecimiento ilícito dispuesto en el artículo 401 del Código Penal del Perú contiene un elemento adicional que no se encuentra en el artículo IX de la Convención: que el incremento en el patrimonio del funcionario o servidor público haya sido obtenido ‘ilícitamente’. Ello parecería indicar que se debe probar no solamente que hubo un aumento del patrimonio del funcionario respecto de sus ingresos legítimos pero también el origen ilícito de dicho incremento patrimonial, o sea el delito de enriquecimiento ilícito sería una consecuencia de delitos como el cohecho pasivo, la concusión, entre otros.

En ese sentido, el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal,³¹ celebrado el 21 de junio de 2008, ha llegado a las siguientes conclusiones en relación al tipo penal de enriquecimiento ilícito tal como se encuentra dispuesto en el artículo 401 del Código Penal del Perú:

‘Para la determinación del tipo penal de enriquecimiento ilícito, [...] es necesaria la configuración de una relación de causalidad [entre el enriquecimiento y la posición del funcionario público], toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio’».

El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el período que tuvo dicha condición.

«En atención a lo anterior, el Comité estima útil que el país analizado considere, con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de

30 Informe de la República del Perú correspondiente a la Tercera Ronda de análisis del MESICIC (aprobado en la sesión plenaria del 18/09/2009), página 16 párrafos [93], [94], [95], [96] y [97]. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_III_inf_per.pdf

31 De acuerdo con el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú: «Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial».

su ordenamiento jurídico, adoptar las medidas pertinentes para adecuar el artículo 401 del Código Penal del Perú a la conducta de enriquecimiento ilícito descrita en el artículo IX de la Convención, de tal manera que se elimine en el mismo el elemento ‘ilícitamente’ previsto en dicho artículo. El Comité le formulará una recomendación en este sentido al país analizado (ver recomendación 4.4., inciso a) del capítulo II de este informe)».

República Dominicana

La Constitución de la República Dominicana del año 2010 consagra su artículo 146 al tema de la corrupción, disponiendo lo siguiente:

«Artículo 146. Proscripción de la corrupción. Se condena toda forma de corrupción en los órganos del Estado. En consecuencia:

- 1) será sancionada con las penas que la ley determine, toda persona que sustraiga fondos públicos o que prevaliéndose de sus posiciones dentro de los órganos y organismos del Estado, sus dependencias o instituciones autónomas, obtenga para sí o para terceros provecho económico;
- 2) de igual forma será sancionada la persona que proporcione ventajas a sus asociados, familiares, allegados, amigos o relacionados;
- 3) es obligatoria, de acuerdo con lo dispuesto por la ley, la declaración jurada de bienes de las y los funcionarios públicos, a quienes corresponde siempre probar el origen de sus bienes, antes y después de haber finalizado sus funciones o a requerimiento de autoridad competente;
- 4) a las personas condenadas por delitos de corrupción les será aplicada, sin perjuicio de otras sanciones previstas por las leyes, la pena de degradación cívica, y se les exigirá la restitución de lo apropiado de manera ilícita;
- 5) la ley podrá disponer plazos de prescripción de mayor duración que los ordinarios para los casos de crímenes de corrupción y un régimen de beneficios procesales restrictivo».

Como puede observarse, el numeral 3 del citado artículo se refiere a la declaración jurada de bienes de los funcionarios, así como a la carga de probar el origen de sus bienes a requerimiento de autoridad competente. No obstante ello, a la actualidad «en la República Dominicana no está tipificado el delito de enriquecimiento ilícito», conforme lo expresado en

el informe referido al país en el marco del Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2013³², en donde también se aclara que «existe un proyecto de ley al respecto».

Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 116, establece:

«No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes».

Paralelamente, la Ley Contra la Corrupción dispone³³:

«Artículo 46: Incurrir en enriquecimiento ilícito el funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiere justificar requerido y que no constituya otro delito.

Artículo 48: [...] los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito, por el solo hecho de la sentencia ejecutoriada, pasarán a ser propiedad de la entidad afectada, cuando se le produjere un perjuicio económico. En los demás casos, ingresarán a la Hacienda Pública Nacional.

Artículo 73: [...] el funcionario público que hubiere obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pudiere justificar, y que haya sido

32 Grupo de examen de la aplicación. Continuación del cuarto período de sesiones. Panamá, 26 y 27 de noviembre de 2013. Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resumen: República Dominicana. Documento CAC/COSP/IRG/I/1/1/Add.13, página 3 <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1383898s.pdf>

33 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 5.637, Extraordinario, del 7 de abril de 2003.

requerido debidamente para ello y que no constituya otro delito, será sancionado con prisión de tres (3) a diez (10) años. Con la misma pena será sancionada la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado».

IV. Conclusiones

Luego de esta breve revisión del estado de situación de la tipificación del enriquecimiento ilícito en la región, es posible señalar algunas particularidades y agrupar a los países en virtud de denominadores comunes, conforme el tratamiento que le han otorgado a dicha figura penal.

Respecto de las sanciones, los países que se destacan por la severidad de sus penas máximas son Perú (18 años de pena privativa de la libertad para funcionarios con cargos de alta dirección), Colombia (15 años), México (14 años, cuando el monto a que asciende el enriquecimiento ilícito excede el equivalente de 5.000 veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal) y Panamá (12 años, si lo injustificadamente obtenido supera la suma de 100.000 balboas). Por su parte, otros seis Estados (Bolivia, El Salvador, Guatemala, Jamaica, Perú y Venezuela) han optado por un máximo de prisión de 10 años.

En cuanto a los países que subrayan el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito (cuya formulación legal podría sintetizarse con la expresión: «siempre que la conducta no constituya otro delito»), nos encontramos con las legislaciones de Chile, Colombia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela.

Una estrecha relación del tipo penal con las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios públicos se encuentra en las disposiciones de Argentina, Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y República Dominicana.

Existen Estados que han realizado esfuerzos doctrinarios, jurisprudenciales y/o de técnica legislativa para enfatizar, sea a través de la redacción del tipo penal o mediante la interpretación jurisprudencial, que la tipificación del delito no implica la inversión de la carga de la prueba, como es el caso de Argentina, Chile, México y Perú. Por su parte, tanto Bolivia como Guatemala

han incorporado a su legislación la novedosa figura del enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al patrimonio del Estado.

Algunos países han incorporado en su normativa un plazo *ex post*, que habilita sancionar las acciones de los funcionarios aún después de haber cesado en el ejercicio de su cargo público (2 años en los casos de Argentina y Colombia, 5 años en Guatemala).

Respecto de la prescripción, algunas legislaciones han decidido disponer plazos de prescripción de mayor duración que los ordinarios, como en el caso de República Dominicana, y en muchos parlamentos de la región se está debatiendo la posibilidad de sancionar la imprescriptibilidad para los delitos contra la administración pública. En el caso de Ecuador, como se vio, esta cuestión ya fue decidida e incluida en el último párrafo del artículo 233 de su Constitución, que dispone que « [...] La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas».

Como hemos podido comprobar a través de este sucinto recorrido, gran parte de los países de la región cuentan con legislación suficiente para penalizar el delito de enriquecimiento ilícito, y cumplen con los estándares básicos que disponen las dos convenciones internacionales cardinales en la materia.

Claro que, a la hora de evaluar «el desarrollo [por parte de los Estados] de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción» (artículo II.1., CICC), así como «la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio» (artículo II.2., CICC), es mucho más que los textos legales lo que debemos examinar. Y así lo hace el MESICIC, que además de comprobar la existencia de un marco jurídico apropiado para cada materia, se cerciora que dichas regulaciones se adecuen pertinentemente a los propósitos de la Convención y, asimismo, solicita a los Estados los resultados de la aplicación concreta de tales disposiciones internas a través de los respectivos datos empíricos plasmados en estadísticas, informes y documentos.

En este sentido, y conforme lo que puede inferirse de la información recopilada al día de hoy por el MESICIC, podemos afirmar que en la región

no han avanzado parejamente la aprobación de normas que sancionan el enriquecimiento ilícito *vis à vis* su efectiva aplicación por parte de los estrados judiciales. Desde ya que esta aseveración no es más que una conclusión a grandes rasgos y corre el riesgo de incurrir en generalizaciones injustas. No obstante, el hecho comprobable de que no se cuente con un número razonable de causas por enriquecimiento ilícito que lleguen a término, habla a las claras de la necesidad de pulir las herramientas para enfrentar este tipo de delitos.

Las causas de la impotencia de los sistemas penales para abordar eficazmente la investigación de los casos de enriquecimiento ilícito son variadas y habitualmente concurrentes: la escasez de recursos materiales y humanos; la falta de personal técnicamente calificado —estos delitos, que en ocasiones involucran sofisticadas operaciones financieras, requieren de especialistas con profundos conocimientos en la materia, que sepan «hacer hablar a los papeles»—; la lentitud de los procesos; la complejidad de la prueba; las dificultades para cruzar información entre organismos y para que éstos trabajen coordinadamente; la brevedad de los períodos de prescripción; la benignidad de las escalas penales; la falta de garantías y protección para testigos y denunciantes; las ventajas recursivas y estratagemas legales de los abogados defensores —a menudo miembros de poderosos estudios jurídicos, que sus representados pueden darse el lujo de pagar — y, por último, pero no por ello menos importante — más bien todo lo contrario —: la falta de voluntad política del sistema en su conjunto.

El desafío está en continuar trabajando para superar los obstáculos y resolver las antedichas dificultades, promoviendo asimismo el fortalecimiento de un ambiente político-social comprometido con el imperio de la ley, la transparencia y la rendición de cuentas. En suma, donde la plena vigencia del Estado de derecho resulte un componente esencial de nuestro pacto de convivencia.

Preguntas y comentarios sobre la exposición

Comentarios del Senador Dr. Ope Pasquet

En primer lugar agradezco a la JUTEP la invitación a este seminario y agradezco también al Dr. Baragli esta exposición tan ilustrativa que nos ha permitido acercarnos al tema a quienes no lo conocemos tanto como lo conoce él.

Soy abogado, pero desde que ingresé al Parlamento dejé de ejercer la profesión. Se me invitó a participar en el seminario como Senador integrante de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, que tiene a estudio el anteproyecto de ley «Fortalecimiento de la transparencia» (elaborado por la JUTEP) que incluye dos figuras penales, entre ellas ésta la figura del enriquecimiento ilícito. Respecto al Proyecto, la Comisión decidió desglosar las figuras penales porque la Cámara de Diputados tiene a su estudio un Proyecto de Código Penal y se entendió pertinente considerar las figuras propuestas por la JUTEP en el marco del nuevo Código del Proceso Penal, para evitar la proliferación de la legislación penal por fuera del Código.

Entonces, cuando la Cámara de Diputados termine con su tarea y el Proyecto llegue al Senado, se considerarán estas figuras que vienen propuestas en el Anteproyecto elaborado por la JUTEP. Sin duda, cuando ese momento llegue, habrá mucho trabajo para la Comisión que integro, porque estos temas plantean cuestiones que son muy interesantes y muy complejos.

Por un lado, es claro, como surge de la Convención de las Naciones Unidas y demás antecedentes que conocemos, que el tema de la corrupción es un tema presente en la agenda no solamente de los países de América Latina. Pero es un tema que a los latinoamericanos nos importa mucho pues afecta el prestigio de las instituciones democráticas, afecta la confianza de la ciudadanía en las instituciones democráticas y en las personas elegidas para desempeñar las más altas responsabilidades de gobierno, afecta también a las personas designadas por las autoridades constitucionales para desempeñar responsabilidades administrativas. Y es enormemente perjudicial para esa

confianza ciudadana que está en la base del régimen democrático que haya un estado de duda generalizada acerca de la moral, la corrección en el proceder de los hombres públicos.

Esa duda, esa sospecha es inconveniente, hace daño, eso erosiona el sistema y es preciso adoptar todas las medidas que permitan, si no erradicar esa desconfianza —que es hasta cierta medida con natural al ser humano, desconfiar del de al lado— por lo menos reducirla en todo lo posible, para lo cual hay que asegurar la transparencia, exigir altos estándares de conducta, hacer cumplir las normas. En fin, adoptar todas estas medidas que se proponen a nivel internacional.

Pero hay que hacerlo también respetando otros valores que es necesario salvaguardar, las garantías que toda persona debe tener frente a la autoridad, las garantías del debido proceso, las garantías en el plano judicial, consagradas en varios instrumentos internacionales, entre ellos en el Pacto de San José de Costa Rica, donde está todo ese catálogo de principios que no deben transgredirse: la presunción de inocencia, el derecho a no inculparse uno mismo al declarar, es decir guardar silencio sin que ello implique presunción de culpabilidad, etc.

Entonces, no se trata de combatir a la corrupción de cualquier manera sino de combatirla siempre respetando los derechos y las garantías de esos derechos contenidos en las normas constitucionales o Tratados internacionales, etc., y lo difícil es naturalmente conciliar, articular, estos dos elementos: no siempre se logra. Considero que esta figura del enriquecimiento ilícito nos plantea una de esas situaciones donde se manifiesta la dificultad para conciliar todos estos elementos a los que acabo de aludir.

Las Convenciones —tanto la de Naciones Unidas como la Interamericana— no contienen un tipo penal cuya adopción se reclame sin más a los países miembros, a los Estados Parte. Es un criterio, una orientación que luego tendrá que ser recogida por cada Estado Parte de la Convención a través de su legislación. De manera que el Legislador puede construir en cada caso la figura que estime más adecuada. Creo que el delito al que se refieren estas Convenciones puede construirse como delito de acción o como delito de omisión, podrá vincularse o no con las Declaraciones de Ingreso, las Declaraciones Juradas que en Uruguay administra la JUTEP, podrán establecerse plazos distintos para la prescripción, y según esas definiciones legislativas de

Derecho Positivo habrá que ir construyendo la doctrina apropiada para comprender esas figuras, pero creo que las posibilidades están abiertas.

En la presentación del Dr. Baragli se detalló cómo está regulado este delito en algunas legislaciones americanas y se ve que en algunas aparece claramente tipificado como delito de acción, es decir, el 'que obtuviere un enriquecimiento' y en otros como delito de omisión: 'el que no justificare o no pudiere acreditar'. Cada legislación tendrá que escoger el camino que le parezca más adecuado. Desde mi punto de vista, como legislador, considero que tenemos muchas más dificultades para tipificar esto como delito de acción, que como delito de omisión. Parece que la colisión con ciertos principios básicos es más probable y más difícil de evitar si vamos por el lado del delito de acción que si vamos por el lado del delito de omisión.

Para empezar, hablamos de enriquecimiento ilícito, o enriquecimiento indebido, y decimos que la carga de la prueba la tiene la acusación, la tiene el Estado, entonces el Estado tiene que probar el enriquecimiento que es el aumento significativo, considerable del patrimonio del funcionario y, además, tiene que probar que ese enriquecimiento es ilícito o es indebido.

Lo primero, el enriquecimiento considerable, el enriquecimiento apreciable, relevante, significativo, es de una absoluta vaguedad, quedará liberado al criterio del Juez. Para algunos determinado incremento será significativo o hasta escandaloso, para otros será de menor cuantía; habrá casos muy claros como siempre en un extremo y en el otro, pero inevitablemente habrá una zona gris en la estimación del incremento considerable, inexorablemente habrá una zona gris, como la va a haber también después cuando el funcionario realice una justificación de ese incremento, si es que la realiza y alguien considere que esa justificación no es razonable.

Acá estamos otra vez en un plano de absoluta discrecionalidad. Insisto, podrá haber casos muy claros en un sentido y en otro, pero habrá inexorablemente una zona gris y en esa zona gris se difuminan las garantías individuales, queda la libertad y el honor en función de lo que un magistrado estime que es una justificación razonable de un incremento patrimonial que tiene que ser ilícito.

A mi juicio hay que incluir la nota de ilicitud, lo que va a generar otras dificultades sobre las que me referiré más adelante. Pero la nota debe

incorporarse porque el mero enriquecimiento de por sí no es un hecho con apariencia delictiva, ni me parece a mí que deba serlo. El enriquecimiento puede deberse a muchos factores que no sean ilícitos, el funcionario puede haber sacado la lotería, tuvo suerte, o está casado con una persona que recibió una herencia, o él recibió una herencia, el funcionario puede tener una fuente de ingresos perfectamente lícita que no haya declarado en su momento —de pronto porque quería ocultar los bienes frente a su mujer previendo un divorcio, o a la inversa, era ella que quería ocultárselos a él—; eso podrá constituir un ocultamiento indebido, etc., pero no necesariamente enriquecimiento ilícito. O sea, hay una serie de matices que debemos tener en cuenta.

Entonces, el mero enriquecimiento no puede constituir delito ni presunción de delito, si decimos que enriquecerse es delito y si decimos que le corresponde al funcionario desvirtuar esa presunción de delito, entonces estamos invirtiendo claramente la carga de la prueba.

O sea, se da un hecho que puede ser perfectamente lícito pero en la duda decimos vamos a presumir que es delito y corre por cuenta del funcionario demostrar que no es así —inversión de la carga de la prueba—, se da la negación del principio de inocencia, acción que viola el Pacto de San José de Costa Rica, claramente.

Por lo tanto, tenemos que decir que no puede ser un enriquecimiento cualquiera, tiene que ser un enriquecimiento ilícito, un enriquecimiento indebido. Esto tampoco resuelve todos los problemas, pues cabe preguntarnos de qué ilícito estamos hablando, cualquier forma de ilicitud; ilicitud civil, por ejemplo, me parece que no; que tiene que ser una ilicitud penal. Puede haber enriquecimiento por ilicitud civil, por ejemplo, el funcionario está vinculado con otra persona por un contrato civil o comercial perfectamente lícito y regular en virtud de una actividad que él declaró, que no hay ningún problema, él incumple el contrato y de ese incumplimiento obtiene una ventaja patrimonial, no entrega la prestación cuando debe, la prestación no tiene la calidad que debe tener según el contrato, etc. La otra parte no reclama por la razón que fuere, porque obtiene una ventaja por otro lado, no importa, el asunto es que el funcionario obtiene una ventaja del incumplimiento de un contrato civil. Técnicamente es una ilicitud, porque el contrato es la ley de las partes, quien incumple el contrato viola la ley de las partes, esa conducta

civilmente es ilícita y podría dar lugar a la demanda de reparación de los daños y perjuicios.

Ahora, ¿eso es un enriquecimiento ilícito a estos efectos de la Lucha contra la Corrupción? me parece que no, que es otro campo. Acá tenemos que hablar de ilícito penal pues lo que es relevante, lo que interesa, es el enriquecimiento ilícito entendiendo ilícito por ilícito penal. El ilícito penal puede ser un ilícito genérico, indefinido, o una conducta típica. La ilicitud se da cuando la conducta plasma un tipo establecido en la ley, las garantías del principio de legalidad, tipicidad, etc.

Y si el Estado puede probar que el funcionario se enriqueció a través de la realización de una conducta típica, entonces qué necesidad tiene de imputar enriquecimiento ilícito en vez de imputar cohecho, peculado, fraude, lo que fuere. Esto tendría sentido, hasta cierto punto, como figura residual, pero ante el fracaso probatorio del Ministerio Público, entonces como premio consuelo ya que no pudo probar nada de lo que tenía que probar, bueno, entonces que vaya por enriquecimiento ilícito.

No me parece que esto deba funcionar así, porque insisto, no tendríamos la ilicitud penal que a mi juicio tiene que ser típica y si se prueba el tipo no necesitamos el delito de enriquecimiento ilícito, y si no se prueba el tipo, no hay delito.

Ahora, pueden ocurrir sí algunas de las situaciones a las que hice referencia unas líneas antes: el funcionario que tiene un ingreso estándar de un funcionario público y que, sin embargo, actúa como dueño de bienes cuyo valor excede largamente lo que correspondería a su nivel de ingreso —y eso genera suspicacias, eso produce que la gente hable del tema, que el nombre del funcionario aparezca en los diarios, casos más o menos escandalosos—, ante eso, no se puede hacer absolutamente nada si no se prueba fehacientemente los clásicos delitos contra la Administración. De pronto puede haber un camino intermedio ante esa apariencia de enriquecimiento, de aumento del patrimonio. Aquel que lleva una vida rumbosa, dispendiosa, que lleva un gran nivel de vida, pero que no aumenta su patrimonio, estaría fuera de todas estas previsiones. O sea, esto estaría enfocado sobre el funcionario corrupto pero previsor, roba pero va guardando, ahora, el que roba y se la gasta toda, no aumenta su patrimonio y estaría fuera del alcance de las normas.

Pero bien, vamos a pensar en el que roba y guarda, en el que tiene cierta previsión. Creo que en Uruguay cabría perfectamente legislar en el sentido de que cuando se presenta una situación así, el Ministerio Público, mediante el Código del Proceso Penal que está a estudio del Senado, va a llevar adelante la investigación pues considera el principio acusatorio. Desde esa perspectiva, el Ministerio Público podría tomar la iniciativa reunidos los elementos de convicción suficiente de que ha habido un enriquecimiento y que cabe en fin cerciorarse de que no es ilícito. Considero que el Ministerio Público tendría que pedir, al juez de la causa, al juez competente (porque todavía no hay causa, pero puede llegar a haberla) la apertura de la Declaración Jurada del funcionario para saber si esa apariencia se corresponde con los ingresos oportunamente declarados o no.

Eso, naturalmente, debe hacerse con citación del funcionario, tiene que participar desde el comienzo en todos estos procedimientos porque son parte de sus derechos y sus garantías. Debe llamarse al funcionario y explicarle que determinadas circunstancias no parecen congruentes con sus ingresos, por lo tanto, se le pedirá a un juez que disponga la apertura de su Declaración Jurada y se le cita en el juzgado a esos efectos. Si lo que resulta de la Declaración Jurada no satisface al Ministerio Público, entonces corresponderá emplazar al funcionario a que explique esa discordancia entre los bienes que está manejando y sus ingresos lícitos oportunamente declarados.

Y si el funcionario no declara dentro del plazo que habrá que establecer en la ley —es fundamental establecer el plazo, no puede quedar librado a la discrecionalidad del Magistrado— o si esa explicación no es suficiente, se podrá entender que se ha configurado un delito que no es el enriquecimiento, es el no justificar el nivel de vida que se tiene, no justificar los bienes que se poseen, y que no guardan la debida congruencia con la Declaración oportunamente formulada.

En esta oportunidad el bien jurídico afectado no es la Administración ni la Hacienda pública, a mi juicio es el prestigio de la Administración Pública, es la apariencia, el decoro, la apariencia de normalidad en el ejercicio de la función pública que debe preservarse. La apariencia hace a la opinión pública y a la opinión que tiene cada ciudadano del sistema democrático, de las instituciones democráticas. Así como cuidamos, a través de los delitos contra el honor la consideración de que goza cada persona frente a la sociedad,

también debemos cuidar el prestigio de las instituciones, el prestigio de la Administración.

Pienso que se puede sostener sin violencia que ese perjuicio resulta lesionado y menoscabado cuando un funcionario público hace ostentación de bienes o lleva un nivel de vida tal que no puede justificar o no ha justificado debidamente en función de los ingresos que oportunamente declaró. Estamos ante un delito de omisión, que se consuma cuando no se declara o cuando no se explica, cuando no se justifican los bienes de los que se está en propiedad, se esté en posesión o con los cuales se vive.

Cabe señalar que no cuento con esto debidamente elaborado, estoy pensando a partir de la exposición del Dr. Baragli. Me parece que como delito de omisión tiene sentido, insisto, el bien jurídico tutelado es en perjuicio de la Administración, acá no hay inversión de la carga de la prueba, porque la responsabilidad del funcionario se plasma cuando omite declarar. Es por eso por lo que se le sanciona, por omitir declarar, o por omitir justificar de manera adecuada ese nivel de ingreso o esos bienes que usa, etc.

Y en fin, me parece que eso justificaría una sanción pero que no tendría que consistir en la privación de libertad, eso sería ir demasiado lejos. Me parece que la solución chilena es más adecuada, hay multa, separación del cargo e inhabilitación. El razonamiento dice: si el funcionario no puede justificar su nivel de vida, bueno, no se ha probado que haya cometido delito alguno, que se haya apropiado indebidamente de los bienes del Estado, o que haya engañado al Estado en provecho propio, etc., no se ha probado delito, pero esta sola apariencia lesiona bienes jurídicos que tenemos que tutelar, y quien actúa de esta manera no puede ser funcionario público.

Considero que sería prudente y razonable llegar hasta la separación del cargo, lo pierde, queda inhabilitado, por un plazo que establecerá la sentencia dentro de los límites que señale la ley, y habría que considerar también la posibilidad de la multa porque ante la sociedad, ante la opinión pública, hay un nivel de ingresos que no se puede justificar, o hay bienes cuantiosos que no se pueden justificar, y eso podría justificar una multa. Habría que estudiarlo muy detenidamente, pero no me parece que la privación de libertad sea una opción justa porque con la mera omisión del funcionario en declarar, o explicar a un Juez que le parezca razonable el nivel de vida que lleva, no justificaría ir más allá.

Creo, además, que esta opción resuelve algunos problemas: si el delito es de omisión, es decir, por no declarar o no justificar debidamente, no tenemos problema con el principio de no incriminación ya que es la omisión la que constituye el delito. En cambio si el delito se consuma antes, con el enriquecimiento y después se le intima al funcionario a que explique, él podría por un lado acogerse a su derecho a no incriminarse, pero por otro lado estaría incumpliendo con la intimación. Se intima al funcionario para que declare. En este caso estaríamos ante un proceso penal y el individuo puede permanecer callado sin que ello se utilice en su contra.

En fin, estas son mis consideraciones generales, como habrán notado tengo muchas más dudas y perplejidades que certezas. Habrá que trabajar mucho cuando el Proyecto llegue efectivamente a su tratamiento legislativo.

Pregunta del Secretario General de la JUTEP: Dr. Iván Toledo

Quiero agradecer al Dr. Néstor Baragli y también al legislador Dr. Ope Pasquet, que justamente se ha dedicado a estudiar este tema y nos ha recibido en el Parlamento para discutir estas cuestiones.

En la persona del Dr. Baragli tenemos un gran valor en la Comisión de la OEA, en el MESICIC, siempre que lo necesitamos, que lo consultamos, nos ha respondido, nos ha apoyado. Y nos apoya también con materiales, justamente escribió un libro sobre ese tema y nos lo obsequió, agradecemos sus análisis y su apoyo.

Respecto al enriquecimiento ilícito, tengo una duda, no me convence la solución penal en este caso y me gustaría profundizar en el tema, pues los planteos que hizo el Dr. Ope Pasquet me parecen más que interesantes.

En Argentina y en otros Estados el enriquecimiento ilícito se configura como delito autónomo, de modo que, se aplica al mismo tiempo que se aplicaría si se llega a comprobar el origen de ese enriquecimiento ilícito. Por ejemplo, si el enriquecimiento ilícito viene de un cohecho, cobrar una coima, se prueba el cohecho y por ende también se está probando que el enriquecimiento proviene de ese cohecho, entonces en legislaciones como la argentina,

se estaría condenando con una pena independiente por el cohecho y con otra pena independiente por el enriquecimiento ilícito, y eso también me hace dudar, porque al provenir el dinero del cohecho, entonces ahí hay un choque, una especie de *non vis in idem*, o sea, se estaría penando dos veces por la misma conducta.

Respuesta del Dr. Baragli

Gracias Dr. Iván Toledo por sus palabras y por la pregunta.

En realidad como es un delito autónomo y como bien lo señaló el Senador, se puede penar perfectamente sin haber demostrado ningún otro delito, sino simplemente por haber demostrado el enriquecimiento injustificado. Es decir, en el caso María Julia Alzogaray, en Argentina, ella intentó justificar su enriquecimiento ilícito, o parte del enriquecimiento ilícito, mediante los llamados sobresueldos, que eran salarios extra que se entregaban a los funcionarios en la época del menemismo. Los entregaba la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE).

El juez de la causa no aceptó que justificara un enriquecimiento con un acto anti jurídico como lo era el recibir un sobresueldo. La pregunta es: ¿por qué no se la condenó por haber recibido ese sobresueldo? no se pudo demostrar que lo percibiera, entonces se le atacó por enriquecimiento ilícito. La perplejidad y las dudas que refleja el Dr. Ope Pasquet son las mismas que las que se ha tenido en la Argentina desde siempre, pese a que hace cincuenta años existe el delito. La Corte Suprema, con el fallo María Julia Alzogaray, le dio carácter de constitucional y decidió que era un delito de comisión.

En realidad la decisión fue esa porque era mucho más difícil demostrar la constitucionalidad del tipo penal cuando se consideraba un delito de omisión, entonces la Corte estipuló que el delito era enriquecerse y no justificar el enriquecimiento, porque —como lo detallé en la presentación del tema—, había muchas críticas a la posición del enriquecimiento ilícito como delito de omisión.

Una de las críticas más fuertes que le han hecho a este delito es que es un delito residual o subsidiario y que como el Estado no pudo demostrar ningún otro delito, entonces va por el enriquecimiento ilícito. Pero, precisamente lo que expresó el Senador es uno de los argumentos para justificar el bien

jurídico tutelado, es la apariencia de transparencia y la probidad del Estado y, además, que el servidor público tiene que rendir cuentas como administrador de los bienes, y si no se puede, si su patrimonio se confunde con el del administrado —porque él administra bienes públicos— estaría cometiendo un delito también, porque tiene que rendir cuentas por esos bienes que él maneja que son de patrimonio público. Entonces, son estas algunas de las justificaciones, aunque no están cerradas, y todo lo que ha dicho el Senador tiene absoluto sentido común, por eso se está debatiendo este tipo penal en el mundo y aún en los países que lo tenemos hace tantos años.

En tanto, depende de una cuestión de política legislativa y de política criminal de cada país. Lo que ocurre es que a partir de las Convenciones internacionales de 1996 y 2003 esta posibilidad queda un poco menos abierta hacia los Estados, porque se están obligando a incriminar algunas conductas. De hecho, en materia de decomiso es conocido que se congelan bienes sin una sentencia condenatoria. En el derecho continental, o en nuestra región, estas situaciones “tienen mucho ruido”, sin embargo los países lo están haciendo.

Otra cosa que se está discutiendo es la responsabilidad de las personas jurídicas. En muchos países latinoamericanos que tienen derecho continental, se debe borrar toda la doctrina que escrita durante 100 años de derecho penal y empezar a considerar que una persona jurídica puede ser pasible de una sanción penal. Sin embargo, en los países de derecho continental se está haciendo ese esfuerzo de interpretación jurídica y se está aprobando en las legislaciones internas la responsabilidad de las personas jurídicas entre otras cosas para cumplir con la OCDE, con la ONU, etc. El derecho avanza y cada país debe ir ajustándose a esos cambios, debe ir poniéndonos a tono en como avanza el derecho y la política criminal en el mundo, así como también en el avance de las organizaciones criminales.

Preguntas a la mesa de expositores y comentaristas

Pregunta del público

¿Es posible que Uruguay reciba sanciones internacionales por no aprobar el enriquecimiento ilícito como delito, en caso afirmativo, qué tipo de sanciones?

Respuesta del Dr. Baragli

No, de ningún modo. Tanto la Convención Interamericana como la Convención de las Naciones Unidas tienen mecanismos de seguimiento, están funcionando activamente, el Uruguay es activo participante de todos los mecanismos de seguimiento, pero esos mecanismos de seguimiento no incluyen sanciones.

Fue muy difícil aprobar estas Convenciones y más aún los mecanismos de seguimiento. Los mecanismos que se aprobaron tanto en la ONU (donde se realiza la revisión entre pares entre países que no tienen relaciones cordiales) como en la Convención Interamericana son suaves. El mecanismo de la ONU es más suave que el de la OEA porque es de cooperación, los países son los dueños de sus propios informes, o sea, si un país quiere no incluir alguna Recomendación lo hace, en cambio en el MESICIC si el resto de los países quiere incluir una Recomendación, el Estado puede oponerse, pero le cuesta un poco más.

En ninguno de los dos mecanismos hay, como en el GAFFI u otros mecanismos, listas grises o Recomendaciones fuertes. Obviamente están los costos políticos, nacionales e internacionales, pero no hay ningún tipo de sanción.

Cabe recordar que un detalle interesante en la historia de estos mecanismos fue la discusión sobre la inclusión de una cláusula especial sobre corrupción, en la Carta de la Convención Interamericana.

Por otra parte y como se recordará, la Carta Democrática Interamericana incluye un artículo en el que se explicita la expulsión temporaria de los

países que hayan sufrido un golpe de Estado. La aplicación más reciente de esta cláusula fue a Honduras, que fue expulsada de la OEA durante un par de años, hasta que cambió su régimen y la OEA nuevamente la incorporó. Recientemente la aplicación de esta cláusula se debatió para el caso de Paraguay.

En 2004, en la Conferencia de Estados Parte de la Convención en Nicaragua, Estados Unidos propuso una cláusula para los países en flagrante situación de corrupción o que protegieran corruptos. Fue una propuesta interesante, aunque polémica, algunos países consideraban que estaba dirigido a ellos, la Comunidad del Caribe (CARICOM, sus siglas en inglés) se opuso terminantemente. Finalmente, esa propuesta no fue aceptada.

Dicha propuesta hizo que se discutiera qué significa corrupción, qué es la corrupción, se discutió si son los clásicos casos de peculado, cohecho, etc., o si también implica ser corrupto tener paraísos fiscales —este era un mensaje para las potencias centrales que tienen los paraísos fiscales.

En algún momento se me ocurrió que sería interesante pensar doctrinariamente la posibilidad, quizás remota, de contar con un Tribunal Internacional como el de La Haya, para el caso de la violación de derechos humanos. Imagino que ello podría suceder dentro de muchísimos años, los Tribunales Internacionales en materia de Derechos Humanos requirieron 50 años de lucha por los Derechos Humanos y hoy están funcionando aceptablemente bien. Quizás, habrá algún día un Tribunal Internacional cuando haya un caso flagrante que involucre a varios Estados.

Respuesta del Dr. Montero Traibel

Este tipo de revisión, de mecanismos, en ambas Convenciones se maneja en base a Recomendaciones. Generalmente son Recomendaciones para mejorar la situación del país y no para marcar una ausencia de legislación o un déficit. Por ejemplo, a Uruguay le recomendaron aumentar los recursos financieros de la JUTEP y dotarla de independencia administrativa, pero en ningún caso se lo ha sancionado. Incluso, cuando se realizan las visitas *in situ*, justamente se hace una revisión entre pares para despojar de subjetividades la implementación del instrumento y para que las recomendaciones de las Naciones Unidas o de la OEA se adopten sin coerción ni sanciones.



Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas

Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas

Presentación del panel

A continuación se exponen las presentaciones de la Dra. Martha Herrera Seguel (Directora de la Unidad Especializada de Corrupción y Unidad de la Asesoría Jurídica de la Fiscalía Nacional de Chile), de la Dra. Elizabeth Cosmo (Analista de Finanzas y Control de Coordinación General de Acuerdos y Cooperación Internacional de la Secretaria de Transparencia y Prevención de la Corrupción de Brasil) respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Asimismo, se expondrá la bienvenida del Dr. José Pedro Montero Traibel (Presidente de JUTEP) y los comentarios a las exposiciones por el Cr. Alfredo Asti (Representante Nacional de la República).

A modo de introducción

Palabras del Dr. José Pedro Montero Traibel

La Junta decidió llevar a cabo este Seminario porque considera que tanto el enriquecimiento ilícito como la responsabilidad penal de las personas jurídicas son temas importantes para poner en la Agenda Pública. Estos temas se tratan en las Naciones Unidas, en la OEA y en muchos de los países de América Latina. Mientras Uruguay carece de una discusión académica y de una discusión pública sobre ellos.

La idea de tratar estos dos temas en el marco de un seminario fue para que Uruguay se acerque a la discusión y se difunda la temática.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Exposición de la Dra. Martha Herrera Seguel

En primer lugar, quiero agradecer la oportunidad que me da la Junta de Transparencia y Ética Pública para compartir las experiencias de Chile.

Cabe recordar la presentación del Dr. Baragli respecto al delito del enriquecimiento ilícito en los sistemas americanos y, específicamente, al caso chileno. En Chile no existe ninguna condena por este delito. Más allá que, efectivamente, se establezca como una figura de carácter residual y de las eventuales deficiencias en términos constitucionales que pudieran invocarse respecto del tipo penal, que implican una complicación para el sistema penal, en su conjunto. Escuchar ideas nuevas de cómo se aborda en otros países, las dificultades que se han presentado y la forma de afrontarlas, hacen que, desde ya, tenga una experiencia provechosa. Espero, también, poder contribuir en este sentido al tratar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile.

En Chile, que seguramente en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no tiene una realidad muy distinta a la de otros países de la región, el tratamiento de esta temática fue un verdadero fenómeno, significó un remezón bastante importante en las bases esenciales del Derecho Penal. Además, implicó muchas cosas desde el punto de vista cultural.

El tema se abordó mediante una Reforma Procesal Penal que está absolutamente arraigada en el país, que es exitosa y que cuenta con la mayor transparencia que implica una reforma de este tipo: mayor conocimiento, mayor acceso a la información por parte de la ciudadanía, herramientas de evaluación del funcionamiento de las instituciones efectivas.

Por otra parte, la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas significó un movimiento muy importante, más allá de sus implicancias en el ámbito dogmático de Derecho Penal, pues acercó el mundo empresarial al mundo público, mundos tan distintos.

El espacio público y el empresarial, el privado, son distintos desde los conceptos básicos y existen muchas materias que en el ámbito de lo público son delitos, como el tráfico de influencias o la negociación incompatible. Sin embargo, en el mundo privado muchas veces pasan por cuestiones, simplemente, de competencia empresarial. El acercamiento de estos mundos y del sector privado al concepto de corrupción desde lo público es algo sumamente valioso.

A continuación describiré brevemente el contexto general, el cómo llegó Chile a tener una normativa de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y, posteriormente, expondré los aspectos generales de esta ley que tiene pretensión de amplitud, pues intenta cubrir en un solo cuerpo legal todos los aspectos penales o la mayor parte y, también, la mayor parte de los aspectos procesales. Todo ello, sin perjuicio de dejar vigente supletoriamente los textos que en cada caso correspondan, es decir, que correspondan al Código Penal o leyes especiales en materia de lavado de activos y financiamiento al terrorismo y, por el lado de procedimientos, el Código Procesal Penal. Concluiré describiendo que ha sido, hasta ahora, la aplicación de la normativa en Chile.

Breve descripción del proceso chileno ante la normativa de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Debemos señalar que esta normativa no nació, exclusivamente, de la creatividad del pensador chileno, sino que partió de la motivación o de la intención de formar parte como miembro pleno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Chile había ratificado la convención de la OCDE para prevenir y sancionar el soborno transnacional en el 2001; en el 2002 creó la figura y en el 2007 recibió la invitación para integrarse como miembro pleno. Pero ello requirió el cumplimiento de una serie de exigencias y, entre ellas, estaba la de establecer un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas para ciertos hechos. Así fue la génesis de la incorporación de esta ley a la normativa chilena.

Este proceso de incorporación de normativa es un ejemplo de cómo las Convenciones Internacionales hacen que nos planteemos, que reflexionemos, respecto de aquellos aspectos en los que podemos estar deficientes.

Sin embargo, creo que en este caso no se trató solamente de cumplir con la formalidad de una exigencia de la OCDE, sino que, para terminar con la plena vigencia de esta normativa, para que esto se consagre finalmente como ley, se debió transitar el camino de una institucionalidad que, afortunadamente, todavía funciona en Chile. Por tanto, no bastaba con la intención del gobierno de la época de ser parte de la OCDE, sino que había que convencer, en primer lugar, al mundo académico, y lograr una convicción respecto de todos los sectores para que esto efectivamente pudiera tomar cuerpo.

La Convención de la OCDE es una Convención como la Interamericana o como la de Naciones Unidas, bastante exigente, que establece el deber para los Estados Parte de incorporar el delito del soborno transnacional, de cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. E introduce, además, el deber de establecer un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, aunque no necesariamente de carácter penal. No alude, de forma ineludible, a sanciones de carácter penal, pero sí a sanciones que sean realmente eficaces y disuasivas para la comisión de ciertos actos: compromete sanción del delito de lavado de activos, obliga a la asistencia legal mutua. Es decir, contiene normas importantes que, en muchos casos y para Chile lo fue, implica modificaciones legales en materia de extradición y de jurisdicción extraterritorial.

Dicha Convención cuenta con instrumentos complementarios, así, antes del 2000, en una recomendación del Consejo sobre el cohecho en transacciones comerciales internacionales, se observó que no se había explicitado en la normativa chilena que las dádivas entregadas a funcionarios públicos extranjeros no podían ser deducibles de impuestos. Parecía obvio, pero no estaba explícito. En ese momento surgió una normativa interna del Servicio de Impuestos Internos —órgano competente—, que estableció directamente la prohibición de hacer deducible de impuestos este tipo de ingresos. También se establecieron condiciones en materia de auditoría de las compras públicas y se creó un organismo para fiscalizar las compras públicas y, finalmente, se estableció el marco regulador de las empresas. Hoy, en Chile, contamos con una ley de gobierno comparativo y todo esto proviene, de manera importante, de las Convenciones.

¿Qué significó concretamente para Chile pertenecer a la OCDE? Significó tipificar el delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros, tomar

medidas para sancionar a las personas jurídicas por corrupción de un agente público extranjero, modificar el Código Orgánico de Tribunales para poseer jurisdicción extraterritorial.

Por otra parte, Chile tenía plazos de prescripción sumamente breves para los hechos de corrupción constitutiva de delito —asociados a la poca penalidad que tienen—, cuestión que se mejoró, precisamente, para cumplir con las Convenciones Internacionales. No obstante, sigue siendo una penalidad baja, comparativamente con otros hechos delictivos. Finalmente, se introdujeron modificaciones que implicaron sancionar delitos como el lavado de activos y normas contables financieras que garantizan la transparencia de la información.

Desde la invitación recibida para ser miembro pleno de la OCDE, Chile transitó distintas etapas, no fue un camino sencillo. La fase uno fue de diagnóstico, se estudió cómo conciliar la institucionalidad vigente en el país con los principios que establece la Convención. Luego, en la fase dos, se examinó la aplicación de la institucionalidad vigente en la Convención, en el país específico, tras haberse hecho las Recomendaciones; todo esto mediante una comprobación en terreno, *in situ*. La fase tres corresponde a lo que estoy presentando en este artículo: al seguimiento y monitoreo del cumplimiento de la Convención.

Chile cumplió con la fase uno y reprobó la dos, por tanto, se tuvo que volver a transitar la fase uno. La OCDE fijó una fase uno bis y una fase uno ter, porque Chile no cumplíamos con los requisitos y estándares que se establecían para ser miembro pleno. El último de estos requisitos, precisamente, era establecer un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas con sanciones proporcionadas, eficaces y disuasivas.

En diciembre de 2009 se dio cuenta del cumplimiento de esta exigencia mediante la publicación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el 2010 Chile ingresó como miembro pleno de la OCDE.

¿Qué ha significado para el sistema legislativo chileno, no solo la Convención de la OCDE, sino también la Interamericana y la de Naciones Unidas? Varias cosas: incorporar la figura del soborno transnacional, que define quiénes son los funcionarios públicos extranjeros para estos efectos; la creación de la Unidad de Análisis Financiero, que corresponde a las Unidades de

Inteligencia Financiera que tienen otros países; y la tipificación concreta del delito de lavado de activos.

En 2009, mediante la Ley N.º 20341 se aumentaron las penas de la mayor parte de los delitos de corrupción. Chile contaba con penas bajísimas, lo que implicaba que casi todos los delitos tuvieran un procedimiento simplificado, es decir, un procedimiento bastante breve que, incluso, podía terminar únicamente con pena de multa.

De todos modos, aún con estas modificaciones es bastante difícil que en Chile los hechos de corrupción tengan penas privativas de libertad efectivas. Por los montos de las penas privativas de libertad asociadas y, en general, las atenuantes que concurren (principalmente el hecho de que la mayor parte de los partícipes de estas conductas están exentos de anotaciones penales anteriores) es muy difícil que se cumplan penas con privación de libertad. Por lo tanto, en este caso, pueden ser más importantes las penas de inhabilidad para ejercer cargos públicos. Muchas veces, para quienes cometen estos delitos, ese tipo de penas pueden ser más dolorosas que las privativas de libertad.

Se modificó, también, el Código Orgánico de Tribunales para establecer una excepción a la jurisdicción —que, por supuesto, es de carácter territorial— y hacer extensiva la jurisdicción de los Tribunales chilenos a los casos de soborno en el extranjero, cuando sean cometidos por chilenos o por extranjeros, incluso con residencia en Chile. A finales de 2009, se estableció el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que presento en este libro.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se estableció mediante la Ley N.º 20393, que constituye un cuerpo legislativo que pretende englobar la mayor parte de los aspectos de carácter sustantivo asociados y también los aspectos de carácter procesal, sin perjuicio que quedan vigentes, de manera supletoria, el Código Penal, la Ley de Lavado de Activos, la Ley de Financiamiento al Terrorismo y el Código Procesal Penal.

En Chile se adoptó un modelo de responsabilidad de carácter penal de las personas jurídicas y ese carácter fue, precisamente, el primer tema y el más debatido. De hecho, cuando se inició el proyecto (mediante un mensaje del Poder Ejecutivo) aludía a la *responsabilidad legal* de las personas jurídicas. Pero era solo el nombre, nada más, de ahí en adelante esa responsabilidad

legal de las personas jurídicas se regulaba de forma tal que su persecución estaba a cargo de la Fiscalía —el ente persecutor y acusador penal— y su sanción estaba a cargo de los Tribunales con competencia penal.

Vale decir, todo apuntaba a que se trataba de responsabilidad penal, pero su nombre era responsabilidad legal, simplemente por una cuestión cultural y por lo mucho que costaba renunciar a ciertos aspectos dogmáticos del Derecho Penal. En síntesis, en Chile, hablar directamente de responsabilidad penal de las personas jurídicas costaba tanto que se empezó el proyecto hablando de responsabilidad legal de las personas jurídicas, pero esto no aportaba nada, no había que ponerle un apellido si, en definitiva, toda responsabilidad tiene su fundamento precisamente en la ley.

Por otro lado, la Fiscalía, está creada constitucionalmente y su misión también está fijada en la Constitución; la misión del Ministerio Público en Chile es la de perseguir los hechos constitutivos de delito. No se pueden perseguir hechos que no sean constitutivos de delito, por lo tanto, ahí radicaba el primer problema. Si este delito no era responsabilidad penal, la Fiscalía de Chile no tenía atribuciones para perseguirla, como primera cosa. En definitiva, había que hablar, directamente, de responsabilidad penal.

Un fuerte sector de la doctrina penal estaba contra el concepto de que las personas jurídicas respondieran penalmente, por supuesto, fundados —como en la mayoría de los sistemas— en el principio *Societas delinquere non potest*, sumamente asentado en nuestra organización. De modo que no se podía pensar sino en que las personas jurídicas correspondían en esta opinión, y siguiendo la doctrina de Savigny, a una ficción. Si solo era una ficción, no se podía considerar que efectivamente las personas jurídicas tuvieran una voluntad real. Su voluntad no es más que la voluntad de cada uno de los directivos, de los ejecutivos, de las personas que efectivamente toman las decisiones por parte de la persona jurídica, y si no se le puede atribuir una voluntad real, malamente podemos atribuirle el dolo o la culpa necesarios para la configuración de un hecho punible.

Este sector conservador de la doctrina penal en Chile era muy fuerte. El otro sector —que no se quedó atrás cuantitativamente, el académico— realizó un cuestionamiento diferente. Se preguntó por qué no debatir un poco más respecto de cuáles son los fines y las funciones del Derecho Penal y si, en realidad, el Derecho Penal, atendida la realidad social a la que debe

responder, no debiera irse adaptando, precisamente, a lo que son los nuevos desafíos y las nuevas necesidades.

En ese sentido, al pensar en fenómenos como la globalización, lo que ocurre actualmente con el tráfico jurídico y económico, nos lleva a pensar en estructuras diferentes que permitan abordar mejor las nuevas formas de criminalidad.

Es evidente que las organizaciones que muchas veces corresponden a las personas jurídicas son sumamente complejas. Tan complejas que al interior de ellas fenómenos como la división del trabajo y el principio de jerarquía hacen que se produzca una fragmentación de la decisión, en virtud de la cual es muy difícil, en definitiva, poder establecer respecto de quién efectivamente recae la decisión y a quién, entonces, podemos atribuirle responsabilidad.

Por otro lado, en el sistema que se adoptó en Chile no se sanciona a la persona jurídica por hechos cometidos por las personas naturales. Éste quizás es el ejercicio más difícil. No se sanciona a las personas jurídicas por lo que hicieron las personas naturales que las componen, se les sanciona por no haber prevenido que las personas naturales no cometieran esos hechos ilícitos. Son conductas distintas, están estrechamente relacionadas sí, pero son diferentes.

En definitiva, este sistema normativo se adoptó pensando en las razones de política criminal que fundamentan este tipo de cambios y en que el Derecho Penal se tiene que adaptar a los tiempos, a las nuevas necesidades. En el caso de la Ley N.º 20393 las personas jurídicas responden penalmente.

Se constituyó, entonces, como una excepción al *Societas delinquere non potest*, como un *Societas delinquere potest* muy acotado, establecido como una excepción en el Código Procesal Penal chileno. La norma está establecida en el Art. 58 de dicho cuerpo normativo, donde dice que las personas jurídicas no responden penalmente, que por ellas responden las personas naturales que hubieran tomado las decisiones. De esta forma, se reconoce la excepción establecida en la Ley N.º 20393.

El Código Penal no entrega mayores aportes en materia dogmática, solamente determina las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, las reglas de participación, de desarrollo del delito y determinación de

penas y, en una parte especial, establece que tal conducta configura tal delito y tiene asociada tal pena. Lo demás es doctrinario.

Lo que se hizo fue modificar la norma del Código Procesal Penal, se le agregó un inciso —el segundo— y se especificó que ese importante principio se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal que establece la Ley N.º 20393. La fórmula que se adoptó fue bastante sencilla: un Código Penal sin intervenciones, únicamente se sumó una ley importante, contundente, pero en su apéndice.

Se trata, entonces, de una responsabilidad penal, su investigación está a cargo del Ministerio Público y su sanción está a cargo de los Tribunales con competencia penal, ya sea Juzgado de Garantía o Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, depende del tipo de procedimiento de que se trate.

La ley contiene dos modelos de responsabilidad: el principal y el de las consecuencias accesorias. Y establece los presupuestos y las sanciones, las normas de carácter procedimental y las aplicables supletoriamente, constituidas por las normas sustantivas y del Código Procesal Penal.

En cuanto al ámbito de aplicación, la idea fue abarcar la mayor cantidad de entidades posibles, lo que básicamente tenía su fundamento en no generar excepciones y se hizo pensando en personas jurídicas de Derecho Público, en empresas del Estado.

De esta forma la ley es aplicable a toda persona jurídica de Derecho Privado —persiga o no fines de lucro— y a las empresas del Estado, sin importar su forma de creación, es decir, si fueron o no creadas por ley. Solo se exime al fisco y a las municipalidades de esta normativa.

Atribución de responsabilidad de la persona jurídica

Como señalé brevemente, existen dos modelos de atribución de responsabilidad de la persona jurídica: el principal tiene que ver con la atribución de responsabilidad por defecto en la organización, con una inexistencia o deficiencia en sistemas de prevención para la comisión de ciertos delitos al interior de la empresa. Y existe, por otro lado, un modelo que es accesorio, que es el Modelo de las Consecuencias Accesorias, referido únicamente a personas jurídicas que hubieran sido creadas, o que hubieran devenido. No obstante

no haya sido su finalidad inicial, únicamente para la comisión de dos delitos, el de asociación ilícita o de asociación ilícita para lavar dinero. No es una persona jurídica propiamente, que se haya formado y que funcione como tal, sino que únicamente está ahí para lavar dinero o para funcionar como una asociación ilícita común. Pero el principal modelo de responsabilidad que establece la ley es el Modelo de Responsabilidad de las Personas Jurídicas por defecto en la organización.

¿Cuáles son los presupuestos de imputación en este modelo? básicamente son tres. Uno se refiere al sujeto activo del delito base. No se trata de delito base en la modalidad del lavado de dinero, pero lo defino así porque resulta más didáctico. El requisito apunta a quien comete el delito base, que implica una atribución de responsabilidad para la persona jurídica. En segundo lugar, el presupuesto apunta a quién se beneficia con este delito y, en tercer lugar —constituido como un presupuesto básico— apunta a que la comisión de este delito haya sido producto del incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión. En el fondo, lo que ocurrió fue por defecto en su organización.

Respecto al primer presupuesto, el autor del delito base, dice la ley que la persona jurídica solo va a ser responsable en el caso de que ciertas personas que son los dueños, los controladores, los ejecutivos principales, los representantes, hayan cometido alguno de los delitos que denominados base, que concretamente son el cohecho —nacional o transnacional—, el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo.

Si alguna de estas personas, que tienen poder decisorio al interior de la organización, ha cometido alguno de estos delitos, nos vamos a encontrar con el primer presupuesto de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas cumplido. Porque lo que importa en general en Derecho Penal son los hechos, no importa el cargo formal que la persona ostenta al interior de la organización, sino importa que esa persona, dentro de la organización, realmente tenga un poder decisorio importante, lo que puede no estar dado necesariamente por el cargo nominal que detenta.

Por eso se agrega que también va a ser responsable la persona jurídica por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados anteriormente. Se trata de evitar la impunidad cuando la organización no funciona de

acuerdo a la primera línea de mando, sino en función de personas que están en un nivel jerárquico inferior, pero solo formalmente, porque en realidad son quienes efectivamente ostentan el principal poder decisorio dentro de la organización.

El segundo presupuesto tiene que ver con que ese delito que se ha sea en interés directo de la persona jurídica. Es decir, el delito que cometió esta persona, que en general va a ser un ejecutivo principal (dueño, controlador, representante) tiene que beneficiar directamente a la persona jurídica. No significa que deba beneficiarla exclusivamente, pues es probable que el delito sea en interés de ambos. Vale decir, no es extraño que un ejecutivo principal se preocupe de conseguir algo para su empresa, pero que algo “le toque”. Por tanto, no importa que ceda también en beneficio de la persona natural, solamente excluimos el caso que ceda *exclusivamente* en beneficio de la persona natural. En este caso fallaría el segundo presupuesto de imputación a la persona jurídica.

Pero, si en alguna medida reporta algún beneficio para la persona jurídica, que no necesariamente tiene que ser de carácter económico, sino que puede ser de prestigio, de reputación y, si es así y puede acreditarse, tenemos por cumplido el segundo presupuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Finalmente, el tercer presupuesto es que el delito base (cohecho, lavado o financiamiento al terrorismo) se haya producido como incumplimiento, por parte de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión. Este es el principal fundamento de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Eso es lo que se imputa. No se está sancionando a la persona jurídica porque personas naturales que la integran en cargos importantes hayan cometido un cohecho, un lavado o hayan financiado actos terroristas.

De las investigaciones que en Chile actualmente están en curso en contra de personas jurídicas, el delito base en general está asociado a corrupción. Es difícil, al menos en Chile, que se vea asociado a financiamiento al terrorismo o al lavado de activos. Pero no se sanciona a la persona jurídica por eso, se la sanciona por no haberse preocupado, seriamente, de que eso no ocurra. Y por esta razón, lo que se contempla y constituye como uno de los desafíos o una de las dificultades más importantes que el órgano persecutor tiene es:

la presunción simplemente legal de si la persona jurídica ha implementado, con anterioridad a la comisión del hecho, un modelo de organización para la prevención de estos delitos. Si es así, se presume que ha cumplido con su deber, derrumbándose preliminarmente el presupuesto.

La complicación es que este sistema que puede adoptar la persona jurídica, de acuerdo a la ley, tiene la posibilidad de ser certificado por ciertas empresas consultoras, clasificadoras de riesgos, que están ratificadas por la Superintendencia de Valores y Seguros, lo que sin duda puede significar una complicación en la persecución penal. No constituye una extinción de responsabilidad penal, no se trata de que si la persona jurídica que estableció un modelo de prevención de delitos esté exenta de este tipo de responsabilidad, pero tiene a su favor una presunción que, la fiscalía —como órgano persecutor—, tendrá que destruir.

De hecho, cuando se entregue el informe a la OCDE para ser evaluado —será en marzo de 2014, en París— probablemente este punto será unas de las observaciones que harán. Dado que en la visita *in situ* de la comisión evaluadora, en el marco del seguimiento de los compromisos adquiridos., entre las cosas que observaron está esta presunción, difícil de destruir. En Chile, hasta diciembre de 2013 las condenas contra personas jurídicas no contaban con este modelo.

Por tanto, la dificultad que se encontrará desde el momento en que se cuenta con el modelo, pues las empresas van a contar con ello lo tendrán certificado. Deberá intentarse que no baste solo con establecer un modelo que cumpla formalmente con los requisitos, tenerlo como un modelo de papel y decir que ya está, que ya se cumplió. Se deberá hacer que el modelo sea efectivo, que sirva para prevenir ciertas conductas nocivas y solo de esa forma podrá implicar una extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En este ámbito la Fiscalía busca que realmente exista un nivel de prevención de ciertas conductas punibles. Se trata de una opción que toman los países y, en el caso chileno, se adoptó la opción de traspasar el deber de prevención al mundo privado y en esta preocupación se incluyó la prevención de conductas asociadas a hechos de corrupción.

Respecto de las empresas consultoras encargadas de certificar el modelo, tienen un rol muy importante a efectos de ayudar a la configuración o, más bien, a la no configuración del delito. Todo lo que tiene que ver con su trabajo y los modelos de prevención es una cuestión que todavía se está evaluando. Los legisladores, de modo de contribuir con la tarea, establecieron consecuencias importantes respecto de su rol en la materia.

Estas empresas consultoras o clasificadoras de riesgos están constituidas por privados, sin embargo, para esta función específica de certificar un modelo de prevención, y únicamente para ella, se consideran para efectos penales como funcionarios públicos y, por lo tanto, serán eventuales sujetos activos de todos aquellos delitos que para la Fiscalía chilena tienen un sujeto calificado.

Se resolvió así porque se da la siguiente situación particular: los funcionarios públicos en Chile son los únicos que pueden ser autores de malversación, de fraude al Fisco, de cohecho, etc., sin perjuicio de algunas teorías respecto de la comunicabilidad a privados. Por ello, los privados integrantes de empresas que certifican un modelo de prevención tienen la calidad de funcionarios públicos para efectos penales. Se hizo justamente para cortar con algunos debates que se podrían producir en la materia.

El modelo de prevención tiene ciertos elementos mínimos que se contemplan en la ley, son cuatro y lo importante es que no basta con que ellos se cumplan simplemente en la formalidad.

Se tiene que encargar un designado de prevención, que es una figura similar a la que existe en la normativa de lavado de activos, como el oficial de cumplimiento. Es una persona que cumple un rol de fiscalizador y que tiene que tener autonomía respecto de la persona jurídica, porque se trata de alguien que tiene que representar las conductas de riesgo, los procedimientos de riesgo y, además, hacer las denuncias que correspondan en cada caso. Por lo tanto, tiene que ser autónomo.

Pero también era un objetivo importante en la creación de esta ley, en el debate parlamentario, la no afectación de las empresas, principalmente, con menos recursos. Ser parte de la OCDE no podía implicar un perjuicio para las empresas chilenas. En consecuencia, se decidió que el modelo sea optativo, no es obligatorio para cada persona jurídica adoptar el modelo. Parte del

supuesto de que no se puede obligar a cada empresa a establecer el modelo, porque ello implica, sin duda, una carga económica. En este sentido, entonces, hay ciertos casos en que el encargado de prevención no va a ser autónomo respecto de la persona jurídica.

¿En qué casos? en el caso que cumpla el rol de contralor, de auditor interno y, también, en el caso de las pequeñas y medianas empresas que se definen en la ley como aquellas que tienen ingresos anuales que son inferiores a 100.000 unidades de fomento —cada unidad de fomento corresponde a 40.000 - 45.000 dólares aproximadamente. Ellas pueden tener dentro de sus mismos dueños, controladores, ejecutivos principales, a la persona que cumple la función de ser encargado de prevención. A este encargado de prevención hay que dotarlo de los medios materiales necesarios para que pueda cumplir con su trabajo y, además, tiene que tener acceso directo a la administración de la persona jurídica, en caso contrario no tiene ningún sentido. Si se tiene un encargado de prevención que nunca puede comunicarse con la administración de la persona jurídica, que nunca le va a poder dar cuenta de las irregularidades, es mejor no hacer nada.

Tiene que establecerse un sistema de prevención del delito, que pasa por identificar cuáles son los procedimientos más riesgosos en términos de los delitos que pueden cometerse. Por ejemplo, establecer en qué tipo de licitaciones se ha identificado que existe más riesgo de sobornos a los funcionarios públicos. No solo debe hacerse un trabajo de diagnóstico o identificación de las conductas riesgosas, sino que deben definirse los protocolos, las reglas, los procedimientos que, además, tienen que ser incorporados a cada uno de los contratos de trabajo del personal de la persona jurídica. Tienen que establecerse sistemas de auditoría de los recursos financieros y, por supuesto, todo esto no sirve si no se contemplan las sanciones correspondientes para quienes infrinjan esta normativa.

La responsabilidad de la persona jurídica está estrechamente ligada a la responsabilidad de la persona natural. La persona natural cumple con ciertas calidades dentro de la persona jurídica y para ser investigada tiene que cometer alguno de estos tres delitos: cohecho, financiamiento al terrorismo y lavado de activos. Sin embargo, la ley contempla también la posibilidad de responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas, es decir, casos en

no se cuenta con sanción ni establecimiento de responsabilidad de la persona natural pero que igualmente puede sancionarse a la persona jurídica.

¿Qué casos son esos? en los casos que no se pudo llegar a sanción de la persona natural debido a su muerte, por prescripción de la acción penal, por fuga o por enajenación mental, y que impliquen sobreseimiento temporal o definitivo. Si no se pudo seguir adelante, entonces, la investigación y el establecimiento de responsabilidad penal respecto de la persona natural, no obstante se mantiene vigente, en forma excepcional, la persecución respecto de la persona jurídica.

Para estos efectos igualmente tiene que cumplirse con los tres presupuestos que veíamos anteriormente: delito de cohecho, de lavado o de financiamiento al terrorismo. Este delito se tiene que haber cometido por alguna de las personas que se señala en la ley: los dueños, controladores, ejecutivos principales, etc. Esto tiene que haber ocurrido, solo que no se pudo establecer su responsabilidad por las razones referidas. En este caso, lo que sí se exige es un estándar de prueba superior que en el caso de responsabilidad no autónoma —se tiene que acreditar «fehacientemente» que el delito fue cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones que tienen quienes son sujetos activos del delito base— y con la expresión «fehacientemente» nos está exigiendo mayor rigurosidad.

El modelo de las consecuencias accesorias es un modelo secundario en la ley. Secundario, aunque no menos importante, porque se está hablando de casos mucho más graves. No se habla de negligencia por parte de la persona jurídica, que es lo que podría establecer en el modelo principal por defecto en la organización. Aquí se habla de una persona jurídica que se ha constituido, exclusivamente, para cometer el delito de asociación ilícita o para cometer el delito de asociación ilícita para lavar dinero. O, no habiendo sido creado para eso, ha devenido en esta finalidad.

En esos casos simplemente se sanciona por los graves delitos cometidos de asociación ilícita, la disolución o cancelación de la persona jurídica (disolución en el caso de persona jurídica de Derecho Privado, con fines de lucro y cancelación en el caso de persona jurídica sin fines de lucro).

La ley también contempla los mecanismos necesarios para evitar que se eluda la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante ciertos

movimientos. Entonces, se prevé que, no obstante, la transformación, la fusión, la absorción, la disolución, la división de la sociedad, se va a terminar la responsabilidad penal. Se contemplan las consecuencias en cada uno de los casos, por ejemplo, en el caso de absorción o fusión, responde la persona jurídica resultante; en el caso de la división, responde solidariamente cada una de las personas jurídicas resultantes; en el caso de disolución, cada uno de los ex socios, hasta el monto de sus respectivas cuotas de liquidación. Se establecen las consecuencias para cada caso, justamente para evitar que se eluda la responsabilidad penal.

Se contemplan, además, ciertas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal específicamente para estos casos. Algunas genéricas, como la reparación celosa del mal causado y la colaboración sustancial con la investigación, éstas son atenuantes que se reconocen, en general, para todos los delitos y que, incluso, pueden ser más cuestionables en estos casos. La reparación con celo del mal causado siempre se ha estimado como una reparación de tipo económico, por tanto, no admisible en todos los delitos. No se considera esta atenuante, por ejemplo, en hechos que atenten contra la libertad sexual de las personas y tampoco en hechos que atenten contra víctimas colectivas o difusas. No se repara con celo el mal causado cuando alguien paga una coima para ganar una gran licitación.

La atenuante que consiste en haber adoptado medidas preventivas es una atenuante especial que contempla la ley y tiene que ver con casos en que se adoptó el modelo de prevención de los delitos, pero se hizo con posterioridad al inicio de la investigación. Si hubiera sido con anterioridad, lo que habría es una presunción a favor de la persona jurídica. En el caso de la agravante, se contempla una reincidencia bastante particular, porque solo se considera agravante la reincidencia si es que el delito base anterior por el cual se sancionó a la persona jurídica fue el mismo que el delito base por el cual se le está persiguiendo.

Esto es bastante particular pues, si se trata de separar totalmente lo que es la responsabilidad de las personas naturales autoras de cohecho, de financiamiento al terrorismo y del lavado de activos, de la responsabilidad de la persona jurídica, que es por defecto en la organización, no tiene sentido que se mezclen ambas cosas.

Ello fue algo que como Fiscalía sostuvimos en el debate parlamentario, no con la intención de aplicar la agravante a todas las personas jurídicas sino, simplemente, con la finalidad de guardar la necesaria coherencia. Pero los legisladores optaron por ser más conservadores con esta normativa, tanto que prefirieron legislar de modo más cauteloso y señalar que solo procede esta agravante cuando el delito base anterior haya sido el mismo por el cual actualmente se le está investigando.

Hay una gama de sanciones posibles respecto de la persona jurídica. En primer lugar, la equivalente a la pena de muerte de la persona jurídica, por fuerte que suene, y que corresponde a la disolución o cancelación, lo que solo se contempla para casos de pena de crimen y ésta solo corresponde al lavado de activos. En definitiva, solo cuando el delito base que cometió una persona natural fue un lavado de activo, se tiene la posibilidad de llegar a esta sanción. Se señala solo a la posibilidad porque la ley contempla, aparte de las reglas de determinación de pena que establece el Código Penal, reglas bastante exigentes y aún más matemáticas en materia de determinación de penas respecto de la persona jurídica.

Se contempla también la prohibición temporal o perpetua de celebrar actos o contratos con organismos del Estado, la que es graduada y se tiene que oficiar a la Dirección de Compras y Contratación Pública chilena para estos efectos. Se contempla la pérdida total o parcial de beneficios fiscales, si los están gozando, o la prohibición de obtenerlos en el futuro, si no los está gozando (siempre que esos subsidios o concesiones sean sin contraprestación recíproca); se contempla el pago de multas que pueden alcanzar hasta 20.000 unidades tributarias mensuales (aproximadamente 80 dólares por cada Unidad Tributaria Mensual). Hay también penas accesorias que pueden ser bastante dañinas para las empresas, por ejemplo, la pena accesoria de publicación de un extracto de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial. Es una medida que puede ser bastante deshonrosa y que preocupa, a veces, más que el pagar una multa. En efecto, para algunas empresas, atendida su capacidad económica, el hecho de tener que pagar una multa puede no significar nada, pero sí que se publique, que se difunda que fue condenada y que en el trasfondo de dicha condena se encuentre un hecho de corrupción, puede ser bastante perjudicial para la imagen pública de la empresa.

Como lo especificué antes, solo el lavado de activos tiene pena de crimen, en cambio los otros dos delitos tienen penas de delito simple. En materia de determinación judicial de las penas se contemplan una serie de reglas bastante matemáticas sobre cuál es la pena concreta que se debe aplicar si concurren dos atenuantes, ninguna agravante, dos atenuantes, una agravante, etc.

Además, agrega la ley, se van a considerar otros aspectos para graduar la pena. Se destaca nuevamente el concepto de que no es la idea perjudicar la economía social. Es decir, si se está trabajando con la finalidad de propender al crecimiento económico, pues el hecho de ser parte de la OCDE tiene que ver con la implementación de políticas públicas exitosas, el traspaso de mejores prácticas pero, también, con favorecer el crecimiento económico y, por lo tanto, esta incorporación no puede ser a costa de perjudicar la economía social, a través de cargas que se impongan a las empresas.

De hecho, se optó por este modelo de prevención que se funda, en cierta medida, en la autorregulación forzada. Vale decir, se les impone a las empresas ciertas cargas que corresponden al Estado, porque corresponden a la prevención de delitos a través de la amenaza de sanción. Se les impone, precisamente, porque ellas están gozando del derecho de participar en la economía social y, por tanto, tienen que tener un deber en contraposición a ese derecho. No hay ningún tipo de contraprestación, simplemente se impone todo esto a las empresas sin que se les ayude con un beneficio económico para poder implementar todo lo que esto implica.

En consecuencia, se hace bastante para poder, por lo menos, alivianar la carga de las pequeñas y medianas empresas, así que, a efectos de determinar la naturaleza y el monto de las penas a imponer, se tiene en cuenta: el tamaño y naturaleza de la persona jurídica, su capacidad económica y circunstancias generales como extensión del mal causado por el delito, montos de dinero, gravedad de las consecuencias sociales y económicas derivadas de la comisión del hecho.

La extinción de responsabilidad penal de las personas jurídicas opera por las mismas causales que en el caso de las personas naturales. En materia de prescripción se contemplan los mismos plazos de prescripción de la acción penal de la empresa que respecto de las personas naturales. La ley señala a partir de cuándo se cuenta el plazo de prescripción, que ocurre desde la comisión del delito base, pero también señala que la responsabilidad de

la empresa puede subsistir, no obstante haberse extinguido la de la persona natural por prescripción. Sin embargo, ambas empiezan a correr en el mismo momento y ambas tienen el mismo plazo.

Más allá de esta contradicción, se buscaron explicaciones y se encontraron situaciones donde esto ocurre: por ejemplo, cuando la persona jurídica fue objeto de una nueva formalización de la investigación por su responsabilidad penal, y eso interrumpe el plazo de prescripción de su acción penal. En cambio, la de la persona natural sigue corriendo porque en la segunda imputación la persona jurídica está siendo formalizada por hechos que cometió otro directivo. Por lo tanto, se va a extinguir, va a prescribir la acción penal respecto de la persona natural y va a seguir vigente respecto de la persona jurídica.

En cuanto a los aspectos procesales, desde la vigencia del nuevo Sistema Procesal Penal chileno, se cuenta con un sistema que erradica la acción popular como regla general. La acción solo le corresponde a la víctima del delito y el Código Procesal Penal se preocupa de definir quién es la víctima del delito.

En los hechos de corrupción, aunque no es el único presupuesto de esta responsabilidad, hay una víctima colectiva. Son hechos que afectan a todos, no parece haber una víctima bastante concreta. Cabe señalar, por ejemplo, la situación del representante de los intereses del Fisco, que es el Consejo de Defensa del Estado. Éste puede querellarse porque su propia ley le autoriza a querellarse en los hechos de corrupción y, además, porque el Código Procesal Penal contempla la posibilidad de acción popular precisamente respecto de hechos que atenten contra la probidad pública.

Pero en este caso no se estableció, en este caso justamente se dejó a la deriva la figura del querellante, hay un vacío en la ley y ese vacío lo se llena aplicando supletoriamente las normas del Código Procesal Penal y, conforme a ellas, nadie puede querellarse por este tipo de hechos. Para ello tienen que acreditarse los presupuestos de imputación de las personas jurídicas y, por lo tanto, se obliga al órgano a cargo de la investigación, a efectuar una investigación respecto de las personas naturales que hubieran cometido los delitos base y saber la calidad que tienen estas personas al interior de la organización, quién obtuvo provecho de estos actos; lo que seguramente implica realizar algunas investigaciones de tipo patrimonial.

Salvo que el beneficio haya sido de otro tipo y, por lo tanto, se requerirá otros tipos de diligencias, está totalmente aceptado que el beneficio no es solamente de carácter económico. Se tendrá que verificar de manera efectiva el incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, cuestión que será mucho más compleja, por supuesto, cuando se haya implementado un modelo y este modelo esté certificado, caso en el cual lo que se tendrá que acreditar es que este modelo no tenía una aplicación efectiva.

A efectos de abordar este último presupuesto, el más complejo para la Fiscalía, habría que indagar respecto del efectivo conocimiento que tenían los ejecutivos y los trabajadores de la empresa, de los códigos de conducta que estuvieren vigentes. Debiera implicar, a lo menos, actividades de capacitación. No basta, y ocurrió en un caso en Chile, con que se modifiquen los contratos de trabajo de todo el personal de una gran empresa, incluyéndose en los Códigos de Conducta. Se tendrá que verificar si existen, si se aplican procedimientos, sanciones, asociadas a esos procedimientos, que den cuenta que el modelo estaba siendo efectivamente implementado y que no era, por lo tanto, un modelo de papel.

Para formalizar a una persona jurídica —lo que equivale únicamente a judicializar una investigación, a formularle ciertos cargos ante el órgano jurisdiccional, no implica el inicio de una investigación— lo que exige la ley es que se haya solicitado una audiencia para formalizar a la persona natural. Es decir, se puede solicitar una audiencia hoy para formalizar a la persona natural y mañana a la persona jurídica y se está cumpliendo con la ley, porque no se exige que la persona natural esté efectivamente formalizada, solo se exige que el ente persecutor haya tenido la intención de formalizarla, lo que puede sonar un poco ridículo. Pero nada más es necesario, salvo, por supuesto, los casos de responsabilidad autónoma de la persona jurídica. En esos casos no tiene ningún valor esta exigencia. Sí se establecen las consecuencias derivadas de la no comparecencia, o el hecho de no poder encontrar el representante legal, para tratar de cubrir todos los escenarios posibles para que la formalización efectivamente pueda tener lugar.

Respecto de la aplicación del Código Procesal Penal, en materia de medidas intrusivas, no existe regla. Se aplican, por tanto, supletoriamente las mismas que existen en materia de derecho común, así es procedente la interceptación de comunicaciones telefónicas o el allanamiento. En cuanto a

medidas cautelares personales, no rigen respecto de la empresa, lo cual es bastante lógico, tampoco respecto de las personas naturales, representantes legales, por los hechos de la persona jurídica. Sí respecto de las personas naturales que cometieron el delito, por sus propios hechos, en términos concretos, una prisión preventiva por el delito de lavado de activos, pero no una prisión preventiva para el representante legal de la empresa por el lavado de activos que cometió otro directivo. Eso no existe. Sí proceden las medidas cautelares reales, porque la multa es bastante importante en estos casos.

Como salida alternativa, la principal es la suspensión condicional del procedimiento. La Ley N.º 20393 tiene un cariz bastante favorecedor en lo que respecta a la negociación, no es punitiva. Así, si bien se establece una gama de sanciones y la manera de aplicarlas, la verdad es que el incentivo a la negociación es bastante importante para llegar a salidas, precisamente, como la suspensión condicional del procedimiento.

Por otra parte, el procedimiento abreviado, que pasa por un acuerdo entre el fiscal y el imputado sobre la base de la aceptación de los hechos que son materia de la acusación que hace el imputado y de los antecedentes de investigación que la fundan, tiene como finalidad acceder a una pena menor. Es decir, acceder a una pena negociada con el fiscal, aquí radica una ventaja: se impone un límite al órgano jurisdiccional, dado que éste no puede imponer una pena superior a la que ha solicitado el fiscal. Esta es la garantía para el imputado.

Hasta el momento, Chile cuenta con una única condena en procedimiento abreviado. La otra acción con que se cuenta es una suspensión condicional del procedimiento, que quizás tiene mejores condiciones que la condena efectiva. Dicha suspensión implicó una indemnización cercana a los dos millones de dólares que favoreció a una comuna bastante pobre de Santiago, la capital. En términos de inversión en áreas verdes, en recursos para consultorios públicos de salud, etc., fue una inversión muy importante. Esta indemnización se cobró a una empresa muy contaminante que obtenía los permisos periódicos de la municipalidad y de la autoridad ejecutiva mediante sobornos a los funcionarios públicos, sobornos realizados por altos directivos de la empresa. Esta sanción significó un provecho concreto importante para esa comuna. Y se puede destacar la gratificación de que exista el factor negociador o promotor de la negociación en la ley.

En caso de la condena, se condenó a pago de multas, se prohibió recibir beneficios del Estado por un tiempo determinado. Para estos casos, el problema principal radica en la suspensión de la condena. La ley admite, en forma bastante amplia, la suspensión de la condena por un periodo que va desde los seis meses hasta los dos años. Si transcurrido ese tiempo no se incurrir en un nuevo ilícito, se decreta el sobreseimiento definitivo, equivalente a una sentencia absolutoria con efecto de cosa juzgada.

Esto es posible en la mayor cantidad de los hechos porque están sancionados como simples delitos. Por lo tanto, existe el riesgo de realizar una investigación, un juicio oral, y llegar a la suspensión de la condena. Por ello es que se favorece muchísimo la negociación.

Conclusiones

Se debe señalar que la ley tiene una marcada orientación de carácter preventivo y constituye un avance en la legislación chilena. Insisto, significó un acercamiento del mundo privado, de querer saber, de querer prevenir conductas ilícitas asociadas a hechos de corrupción, que es verdaderamente notable. Ver cómo las personas jurídicas se están auto regulando con la finalidad que, en su interior, no se cometan estos delitos, es algo bastante positivo. Por otra parte, se le reconoce a la empresa todas las garantías que tiene el imputado en el sistema chileno, que no son pocas.

De todos modos, Chile aún está en permanente evaluación, en octubre de 2013 se tuvo la visita *in situ* de la OCDE; y el equipo técnico adelantó una serie de prevenciones que harán y que tienen que ver con la presunción simplemente legal que implica el hecho de contar con un modelo de prevención, ello no aparece como eficaz a los efectos de contemplar sanciones efectivas y disuasivas contra las personas jurídicas, y otras de orden netamente penal.

De todos modos, aún falta mucho camino por recorrer con esta legislación; principalmente respecto de los modelos de prevención: cuáles son realmente efectivos, cómo deben implementarse, eso es algo que deberá ser definido por los Tribunales, con la experiencia.

Finalmente, quiero enfatizar que el Ministerio Público de Chile es un órgano constitucional autónomo del Estado, creado de manera absolutamente independiente del poder político, así se quiso, pues así resulta indispensable, pues si no fuera autónomo del Poder Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial, sería bastante difícil que pudiese cumplir la misión.

El Ministerio Público se sumó a esta iniciativa como el organismo netamente técnico que es. Lo hizo porque al estudiar el tema se fue generando la convicción de que era necesario hacerlo. Como órgano tiene una misión constitucional que es perseguir los hechos constitutivos de delito. Considero, no como representante de la Fiscalía de Chile sino, simplemente, desde de mi calidad de ciudadana chilena, que esta normativa ha sido muy efectiva. Muy efectiva, precisamente, en lo que de ella se espera, en cuanto a la disuasión de ciertos delitos. Por supuesto, no es perfecta, se puede hacer mucho más para perfeccionarla, pero es un aporte.

Entonces, es una ley efectiva más allá de las pocas condenas. La cantidad de condenas refiere al poco tiempo de vigencia de la ley (diciembre de 2009) y a que este tipo de delitos requiere de investigaciones que no son sencillas, que tienen en su base delitos complejos (corrupción, lavado de activos). Estos delitos adquieren la categoría de Investigación de Alta Complejidad. La corrupción, el lavado de activos, el crimen organizado, algunas figuras asociadas a delitos sexuales como las redes de pornografía infantil, la comercialización de material pornográfico infantil, son figuras que en Chile se asocian con Investigaciones de Alta Complejidad y que, por lo tanto, toman un tiempo superior en tener resultados efectivos.

La ley entró en vigencia plena en diciembre del 2009 y durante todo ese año las empresas estuvieron preocupadas en prepararse para la entrada en vigencia de esta normativa, y se preocuparon también con el discurso de que no van a servir los modelos de papel y, por eso, debían preocuparse de realizar implementaciones efectivas. Y se pudo un esfuerzo de las personas jurídicas por asimilar dicho proceso. Eso es lo efectivamente notable de esta legislación. La orientación preventiva de esta ley se ha cumplido, ha cumplido con la finalidad que se proponía.

Así, al responder a si habrá más condenas, probablemente no, y eso está bien, No se pierde al no tener más condenas, todo lo contrario, en la medida que ello implique la efectiva ausencia o disminución de comisión de estos

ilícitos. Chile gana desde la perspectiva de la prevención y del acercamiento del mundo privado a estos temas que quedaban bastante reducidos al ámbito público. Prevenir los actos de corrupción, cuestión que contribuye a la consolidación del Estado de Derecho, es cuestión de todos. Seamos del mundo público o del mundo privado.

Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

Exposición de la Sra. Elizabeth Cosmo

Primeramente quiero agradecer la invitación que la Controladuría General de la Unión (CGU) de Brasil recibió para participar de este Día Internacional contra la Corrupción. Es un día muy importante, especialmente para nosotros que trabajamos directamente en la formulación de políticas públicas, políticas de transparencia, políticas de control para combatir este fenómeno. Quiero agradecer la oportunidad de presentar como es entendido el tema de las responsabilidades de las personas jurídicas en el ámbito civil en Brasil, dada la aprobación de la Ley N.º 12846 de agosto de 2013.

El Proyecto de Ley N.º 6826 nació de una propuesta del Ejecutivo Federal, fue elaborado por la Controladuría General de la Unión en colaboración con el Ministerio de Justicia, la Casa Civil de la Presidencia de la República y la Abogacía General de la Unión. Fue firmado por el ex presidente Luis Inacio Da Silva (*Lula*), el 9 de diciembre de 2009, y enviado al Congreso Nacional de la Unión en febrero de 2010. Pasó por muchas audiencias públicas con representantes del sector empresarial, representantes del gobierno, de la Sociedad Civil, académicos; recibió modificaciones importantes como la inclusión del Acuerdo de Cooperación que describiré más adelante. Fue aprobado en agosto, pero entrará en vigor el 29 de enero de 2014.

La primera pregunta que debo plantear es ¿por qué Brasil precisaba de una ley de esa naturaleza? Como sabemos la corrupción genera costos sociales y políticos, compromete la legitimidad de las instituciones democráticas y distorsiona las relaciones de mercado. El marco jurídico brasileño estuvo limitado, con el foco en la responsabilidad de las personas físicas, con la aplicación del Código Penal y tenía muchas lagunas que la ley rellena.

Limitaciones, por ejemplo, en la ley de licitaciones, que se restringía a ilícitos cometidos en el momento de la competencia o de la ejecución de un contrato con el ficto público, que tenía como sanción más grave la declaración de la empresa como no idónea. Y las multas estaban restringidas al

valor del contrato. Ahora el sistema jurídico está completo y con amplio rol de sanciones y multas que no están vinculadas al valor de contratos públicos.

Además la ley cumple con los compromisos asumidos por Brasil en las Convenciones internacionales contra la corrupción, especialmente la convención de la OCDE. Brasil no es miembros de la OCDE pero es signatario de la convención. Así como Chile, Argentina y México en América Latina.

También cumple con la Convención de la OEA, con la aprobación de la ley se responde a una Recomendación de la tercera ronda de análisis. Entonces, la ley es muy importante en la medida que da respuestas efectivas a los compromisos asumidos.

La Ley de Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en Brasil

Un primer aspecto fundamental de la ley es la responsabilidad objetiva de la persona jurídica. Según el Derecho brasileño, en la responsabilidad objetiva no existe la necesidad de comprobación del dolo o asumir el riesgo de producirlo; tampoco existe la necesidad de comprobación de culpa (es cuando se abre un caso a un resultado por imprudencia, negligencia o ineptitud). Basta que haya un nexo de causalidad entre la acción y el resultado para que la empresa sea sancionada.

En el ordenamiento jurídico brasileño eso hace todo el sentido, porque la responsabilidad de la persona jurídica será siempre objetiva cuando sea relacionada a una actividad de alto riesgo para la sociedad como es el caso de la corrupción, de los actos lesivos contra la administración pública. Eso no excluye la responsabilidad de los agentes, dirigentes, administradores de la empresa, o de cualquier persona natural autora o coautora o participante del acto lesivo, aunque esa persona no tenga ningún vinculo formal con la empresa (intermediarios). Tampoco excluye al derecho de regreso de la empresa contra estas personas naturales que han dado causa al acto lesivo. Sin embargo la responsabilidad de la persona física será siempre subjetiva.

Otro aspecto fundamental es la opción por la responsabilidad civil y administrativa. En cuanto a la responsabilidad administrativa, se puede dotar

al Estado de un instrumento efectivo para dar una respuesta a la sociedad en el corto plazo porque el proceso administrativo siempre es más rápido que el proceso judicial. En este sentido, la CGU cuenta con mucha experiencia en este aspecto, dada la práctica de punición de empresas en las licitaciones y la ejecución de contratos con el gobierno en los que se garantizó el derecho de defensa al contratar. La CGU cuenta con una experiencia muy exitosa en temas de responsabilidad administrativa.

En cuanto a la responsabilidad civil, se buscó la posibilidad de accionar la esfera judicial con penalidades más graves y también con un medio alternativo de responsabilización cuando las autoridades administrativas sean omisas.

¿Por qué no es criminal?, ¿por qué no se trató la responsabilidad penal de la persona jurídica en los actos lesivos contra la Administración Pública? La posibilidad de responsabilidad criminal está explícita en el sistema constitucional brasileño solamente para los casos de crímenes ambientales; no hay aún consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia para la responsabilidad penal. La aprobación de la ley en el Congreso, si contuviera previsión de responsabilidad penal, sería muy difícil. Pero este hecho no hizo la diferencia pues la responsabilidad civil y la responsabilidad administrativa son suficientes para la punición de las empresas corruptas del país.

La penalidad más grave en el ámbito criminal sería la privación de libertad, que no se aplica a las empresas. Los actos lesivos definidos por la ley son: la promesa de ofrecimiento de la concesión de cualquier ventaja a un funcionario público, y la ventaja indebida no se restringe a ventajas monetarias sino a la ventaja con que se obtuvo la disconformidad con la actuación regular y legal del agente público. Es un concepto muy amplio y también incluye los fraudes e irregularidades respecto a las licitaciones. La ley se suma a la de licitaciones.

También está descrita como acto lesivo la obstaculización de las actividades, operaciones de investigación. Las sanciones descritas en el Art. 6 y Art.19 están divididas según el ámbito de responsabilidad en el nivel administrativo. Se cuenta con la multa que va del 0.1% al 20% de las ventas brutas, para el año anterior, o cuando este criterio no sea posible, la multa será de 6.000 a 60 millones de reales. Además está prevista la publicación extraordinaria de la decisión de convicción, es decir, se publica el extracto de

la sentencia en un medio de comunicación de gran circulación en el área de actuación de la empresa.

En el ámbito civil, está prevista la confiscación de bienes, la suspensión temporaria de las actividades y, en casos excepcionales, la disolución de la corporación y también la prohibición de recepción de préstamos, subvenciones u otros beneficios del gobierno o de instituciones financieras públicas, por el plazo de uno a cinco años. La condena genera cierta obligación de resarcimiento del daño y esta obligación es imprescriptible. Las otras penalidades prescriben en cinco años.

Hasta aquí señalé brevemente el proceso administrativo, que no está todavía completamente formulado porque la ley no está en vigor y estamos trabajando en el reglamento. Pero la idea principal radica en que la instauración será por la autoridad máxima del órgano original, con posibilidad de delegación, la apuración será por un Comité integrado por dos servidores públicos con estabilidad y la penalización tiene dos posibilidades: multa y publicación extraordinaria de la decisión de convicción. El plazo del procedimiento será de 180 días, pero puede ser prorrogado y siempre estará presente el derecho de defensa.

De todos modos, algunos factores deben ser considerados en la aplicación de las sanciones en el ámbito administrativo. Estos factores pueden ser agravantes o atenuantes y dependen de la gravedad de la infracción, de las ventajas obtenidas, de la situación económica de la empresa, de la cooperación durante el proceso y de la existencia de mecanismos de auditorías internas en la aplicación efectiva de códigos de ética, mecanismos de integridad.

Este último es un factor muy positivo de la ley, porque incentiva la aplicación de mecanismos por parte de la empresa. Además es positivo para la evaluación que la CGU viene desarrollando de los programas de cumplimiento de estos mecanismos para la inclusión en el Registro de Empresas Pro Éticas. Esta iniciativa es de la Controladuría en conjunto con el Instituto ETUS, que fue creado en 2011 para la evaluación y divulgación de empresas que son voluntariamente involucradas en la construcción de un ambiente más íntegro en las negociaciones comerciales, principalmente con el sector público.

El principal objetivo del Registro es hacer que las empresas asuman el compromiso público de adoptar medidas para combatir y prevenir la

corrupción en el interior de su organización. La admisión en el Registro no crea derechos, garantías o privilegios, no define licitaciones, no garantiza prestigio, no tiene ninguna ventaja directa para la empresa. Son evaluadas las medidas de ética, el control interno, las relaciones con el sector público.

El procedimiento empieza cuando la empresa completa un formulario online. El formulario contiene dos cuestionarios: uno con preguntas obligatorias, que deben ser respondidas en su totalidad, y otro con preguntas complementarias y deben responderse, como mínimo, la mitad de estas preguntas.

El equipo técnico de CGU y el Comité Gestor (formado por representantes del sector privado y del sector público) evalúan las respuestas del formulario y en caso de aprobación, la empresa firma las declaraciones de compromiso con la ética y la integridad.

Hasta el momento Brasil cuenta con 17 empresas en el Registro y la tendencia es que el Registro crezca con la aprobación de la ley, porque la ley incentiva la inversión en mecanismos de cumplimiento. Pero el hecho de que la empresa esté en el Registro no influencia en una posible acción de soborno.

Las competencias de la CGU en la nueva ley serán la jurisdicción para enjuiciar o arrogarse el procedimiento administrativo y, también, para juzgar los actos cometidos contra el gobierno extranjero. Por tanto, la CGU ganó muchas responsabilidades con la aprobación de esta ley.

Otra competencia de la Contaduría será la de firmar los acuerdos de cooperación. El acuerdo tiene como objetivo el desarrollo más rápido de las investigaciones, la empresa tiene la reducción de hasta dos tercios de las multas y la exclusión de las sanciones de publicación extraordinaria y de prohibición de recibir préstamos o subvenciones. Como requisitos la empresa tiene que admitir su participación en el ilícito y ayudar en las investigaciones siempre que sea necesario.

Para la responsabilidad judicial o civil será presentada una acción por el Ministerio Público, las Abogacías Públicas, las sanciones son más rigurosas y la principal será la disolución compulsoria de la empresa, de la persona jurídica. El Ministerio Público podrá solicitar la indisponibilidad de los bienes para garantizar que la empresa pague el resarcimiento del daño. En

las acciones del Ministerio Público, las sanciones administrativas también podrán ser aplicadas si está comprobada la omisión de las autoridades administrativas.

Entonces, la ley es un gran desafío para Brasil, complementa al sistema jurídico brasileño, responde a los compromisos internacionales, pero todavía no sabemos cómo será su aplicación efectiva. Estamos consultando al sector privado, a las oficinas de abogacía, para hacer la reglamentación en el Poder Ejecutivo Federal.

Consideraciones sobre las exposiciones

Exposición del Representante Nacional Cr. Alfredo Asti

Un agradecimiento para la Junta de Transparencia y Ética Pública por haberme invitado a comentar estas muy interesantes exposiciones de dos países hermanos, que tienen como propósito fortalecer la lucha contra el lavado de activos, contra la corrupción pública. Lucha que nos toca muy de cerca.

Por lo tanto, serán tomadas muy en cuenta precisamente porque Uruguay (pese a ser firmante de las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas) no es miembro de OCDE por ahora, ni está tratando de serlo inminentemente; eso no quiere decir que más adelante lo podamos hacer. Pero entonces, ahí tenemos niveles de compromiso distintos.

Considero muy importante el tema, formo parte desde la legislatura anterior de la Comisión Especial con fines legislativos de la Cámara de Diputados que tiene como misión la lucha contra el lavado de activos y el crimen organizado, razón por la cual fui invitado a comentar estos temas.

En principio, debo decir que los antecedentes que existen en el país sobre las personas jurídicas, fundamentalmente aquellos anteriores al 2005, son bastante negativos. Uruguay hizo de las personas jurídicas prácticamente un *modus operandi* de una cantidad de actividades no muy claras y éramos, o somos todavía, uno de los países que tiene mayor proporción de sociedades anónimas con acciones al portador.

Recientemente, en 2012, al seguir directivas de la OCDE sobre transparencia, votamos una ley que obligaba a las sociedades anónimas con acciones y todas las otras formas de persona jurídica de este tipo, a hacer nominativas sus acciones, sus participaciones accionarias o incluirse en un registro de accionistas que lleva el Banco Central a tales efectos.

Esto tuvo un buen resultado si se tiene en cuenta la cantidad de sociedades anónimas realmente activas. Prácticamente podemos decir que la mayoría de las que están en actividad optaron por alguna de estas dos soluciones: pasar a hacer nominativas todas sus acciones o realizar, si querían seguir

siendo al portador, un registro de quienes son sus beneficiarios finales. Ello ha sido un avance en el tema de transparencia.

Pero faltó registrarse decenas de miles de sociedades anónimas que en general no tienen actividad y que siguen estando vigentes. Debido a esto, el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley que será tratado próximamente en el Parlamento. Este proyecto viene a regular esta situación con —de alguna manera va a ser la introducción para alguno de los comentarios que voy a hacer— sanciones para quienes no lo realicen, que pueden terminar, obviamente, en la declaración de cese de su personalidad jurídica, de su existencia. Nos consta, por denuncias de otros países, que alguna de estas sociedades sin actividad en el país y, por lo tanto, sin obligaciones tributarias ni de previsión social, sí actúan con un certificado de vigencia expedido por nuestro registro de personas jurídicas; es decir, existen y hacen actividades en el exterior con el sello de Uruguay.

Es decir, en Uruguay claramente optamos por las sanciones en el ámbito administrativo para estos temas. Hay un aspecto dogmático, como se refirieron en las presentaciones. Contamos con una posición de la Academia, de la cátedra, bastante limitativa respecto a lo que tiene que ver con el Derecho objetivo y subjetivo y, por lo tanto, nos inclinamos por las sanciones administrativas, por el proceso administrativo para sancionar a las personas jurídicas.

Estamos todavía más atrasados respecto a los países hermanos. Seguramente tanto la Secretaria Nacional Antilavado —que depende de Presidencia de la República, como la Junta de Transparencia y Ética Pública— y los legisladores somos, a veces, un poco más conservadores de lo que es la parte acusatoria, en este caso la Fiscalía.

Pero sabemos que tenemos que incorporar a la normativa de nuestro Derecho, sea Penal o sea Administrativo, normas específicas en los casos de estos delitos que son, en general, multinacionales y que, por lo tanto, incumple las disposiciones internacionales.

Seguramente Uruguay debe avanzar más de lo que ha avanzado en el tema de responsabilidad de las personas jurídicas. Las Convenciones de la y de la OEA hablan de responsabilidad, reconocamos que si bien en las normas del Derecho Administrativo y en algún caso del Derecho Penal se

pueden avanzar en algunos de estos temas, no están tipificados esos delitos para las personas jurídicas, sí para los Directores tal como se planteaban en las dos exposiciones.

Algunas de las apreciaciones que mencionó la expositora chilena respecto a su legislación nos resultan difíciles de adaptar o adoptar. Si tenemos en cuenta lo que son los principios de nuestro Derecho, que si bien considera que el Derecho Penal es uno solo y está distribuido en toda la legislación (comprende las disposiciones referidas a la divulgación, de normas y sus sanciones, como conjunto de normas jurídicas que establecen sanciones para actos ilícitos) no tiene una separación sustancial entre lo injusto criminal y lo que se denomina injusto administrativo.

La separación entre infracciones en el Código Penal y otras es de índole meramente formal; las infracciones y las sanciones se ubican en el Código Penal o en otras leyes, en virtud de valoraciones político-sociales de cada momento histórico que destacan la gravedad o se consideran de menor trascendencia para el cuerpo social.

En tanto, tenemos infracciones y sanciones penales, infracciones administrativas que son ontológicamente iguales, la diferencia es puramente formal y se basan en el órgano encargado de apreciarlas y aplicarlas. Las primeras con intervención del Poder Judicial, las segundas aplicadas por la Administración.

Siempre que una norma legal contemple violar el ordenamiento jurídico, le asocia una pena, es así que estamos en presencia de una norma penal, independientemente de que esta norma sea una ley administrativa, penal o tributaria. Por eso entendemos que no existe posibilidad de diferenciar ontológicamente el ilícito penal del civil o del administrativo.

Debido a ello nos estaríamos inclinando por avanzar en iniciativas legislativas que partan del Poder Ejecutivo, pero también de acuerdo a como hemos trabajado en estos últimos años en el Parlamento, tanto con la Secretaría Nacional Antilavado como con la Junta de Transparencia y Ética Pública, seguramente, tendremos la posibilidad de intercambiar para poder avanzar en un proyecto que incluya estos tipos de delitos, que son objeto de las Convenciones Internacionales.

En ese caso, sería mucho más fácil el camino y nos evitaríamos varias sesiones si escucháramos a las cátedras sobre estos temas, fundamentalmente a la cátedra de Derecho Constitucional, así como de Derecho Penal y de Derecho Administrativo, si optáramos por la vía penal para la sanción de estos hechos.

Al partir de la base de que existe no solamente la responsabilidad de la persona física que comete delitos contra la sociedad, ya sea a nivel nacional, como internacional sino, que también existen ciertos beneficios para las personas jurídicas organizadas en formato de empresa, y esto obviamente se extiende a la necesidad de que puedan ser responsables. Coincido, tal como se planteó, en que se dan esas circunstancias. La falta de control del personal jerárquico que pueda haber cometido esos delitos, que pueden ser perseguidos por el Derecho Penal, con respecto a las personas físicas debe tener una correspondencia o la posibilidad de una correspondencia con sanciones a la persona jurídica si esta se ha visto beneficiada con esas actividades ilícitas que han realizado sus directivos.

En Uruguay nos inclinamos en *prima facie* por perseguir esas actuaciones a través del derecho administrativo, aunque atendiendo a las circunstancias que surjan del proceso penal, como garantías constitucionales que nuestro Derecho les otorgan a las personas físicas.

Hay un aspecto en particular que no me quedó completamente claro, que es con respecto a las personas jurídicas en el caso chileno, a las personas jurídicas cuando éstas no están en el Derecho Privado y cuando se incluyen personas del Derecho Público, excepto el Fisco y las municipalidades. ¿Qué pasa en ese campo intermedio entre el Fisco y el Derecho Privado? Hay allí una cantidad de instituciones del Derecho Público que también estarían sujetas a estas normas y en las que el bien tutelado de protección de la sociedad, cuando las personas de Derecho Público son, en definitiva, sus propietarios, son la sociedad en su conjunto, ¿cuál podría ser el derecho tutelado o en ese caso la propiedad a la que se le aplicarían sanciones cuando éstas son personas de Derecho Público, por lo tanto la propiedad es del conjunto de la sociedad?

Otro tema, en este caso, para ambas expositoras: si bien estamos, obviamente, centrados en estos temas de la protección de la sociedad ante los delitos que están previstos en las Convenciones, deberíamos establecer algún

paralelismo con los temas de delitos vinculados a toda la afectación del medio ambiente. Así también los derechos de los trabajadores, que deberían ser bien tutelados y, de alguna manera, también las personas jurídicas tendrían responsabilidades con los mismos efectos que se estaban planteando; ya sea tanto a nivel penal como administrativo.

En definitiva, creo que son muy valiosos los aportes realizados, seguramente serán material —al igual que el de otras legislaciones— para comenzar a trabajar con los organismos públicos que llevan adelante desde el Estado: la lucha contra la corrupción en el caso de la Junta de Transparencia y Ética Pública, la lucha contra el lavado de activo, en el caso de la Secretaria Anti lavado.

Desde la Comisión Especial de Diputados con Fines Legislativos Vinculados al Lavado de Activos y Crimen Organizado, partimos de una agenda que prevé seguir analizando los temas de vacíos legales que hemos encontrado en la legislación. Contamos con una muy buena legislación sobre lavado de activos, que ha merecido reconocimientos internacionales, incluso a nivel latinoamericano y fundamentalmente del sur, al punto de que es un representante uruguayo quien preside en este momento GAFISUD. Con este organismo tenemos un muy buen intercambio en temas como lucha contra el lavado de activos, delito de carácter internacional en el que Uruguay tiene una política y un compromiso de Estado. Así como unanimidad de apoyo en esta lucha que seguramente permitirá la continuidad en el combate a estos delitos, más allá de eventuales cambios de gobierno. Hay una cuestión de Estado en esta lucha y esa es una de sus principales fortalezas. Siempre decimos que la principal debilidad que tenemos en esa lucha es nuestro tamaño como Estado, que muchas veces es menor al de grandes organizaciones criminales multinacionales.

Por otra parte, cabe señalar que la legislación uruguaya desde el Derecho Administrativo puede llegar a tener iguales resultados que los que se prevé a través de la ley penal. Simplemente como ejemplo cabe referir a las posibilidades de intervención del Banco Central del Uruguay en las instrucciones de intermediación financiera, cuando éstas han actuado fuera de la normativa legal correspondiente y con afectación del interés de la sociedad en particular y que puede llegar a la expropiación declarando que el valor de

las acciones es negativo y, por tanto, pasar a ser propiedad del Estado. Esto se puede hacer por vía administrativa.

Por lo tanto, si tuviéramos que tomar partido de antemano entre una solución recomendada por la OCDE como es la responsabilidad penal o la responsabilidad administrativa —como lo ha hecho Brasil—, en términos personales entiendo que para adaptarnos a la normativa vigente en el ordenamiento jurídico uruguayo se requiere adaptar algunas disposiciones para los actos ilícitos de corrupción, lavado de activos, financiamiento de terrorismo, así como el cohecho realizado por personas físicas con consecuencias para las personas jurídicas. En el actual sistema uruguayo eso se puede realizar mediante la legislación, al imponer sanciones a las personas jurídicas por la propia Administración o a través de la intervención de la justicia penal. Algunas de estas ya existen como forma de adaptarnos a los requerimientos de la OCDE.

Si las infracciones son de tipo penal se requerirá establecer elementos subjetivos, dolo o culpa, si la sanción es de carácter indemnizatorio se puede establecer la responsabilidad objetiva. Para la conducta objetiva se dispondrá, por lo tanto, que no configure la infracción de un mecanismo legal disuasivo para que las personas jurídicas no incurran en los delitos a los que se refiere la iniciativa.

De esta manera, la legislación castiga a las conductas ilícitas al imponer sanciones en el ordenamiento jurídico uruguayo, en términos penales, administrativos u otras formas, pero lo que realmente importa es que el acto delictivo efectuado por una persona natural, en beneficio o por cuenta de una persona jurídica, acarreará consecuencias negativas para esta última. Se cumple así con los objetivos del Derecho Penal (prevención general y elemento disuasivo) y con los requerimientos de la OCDE, aunque sin entrar en los temas de responsabilidad penal.

Respuestas a los comentaristas

Respuesta de la Dra. Martha Herrera Seguel

Efectivamente tienen un rol muy importante a efectos de ayudar a la configuración o más bien a la no configuración del delito y todo lo que tenga que ver con su trabajo y los modelos de prevención. Aunque esta es una cuestión que todavía estamos evaluando en Chile. Los legisladores, de modo de contribuir un poco en esta tarea, establecieron consecuencias importantes respecto del rol en la materia.

Estas empresas consultoras o calificadoras de riesgos están constituidas por privados; sin embargo, para esta función específica de certificar un modo nuevo de prevención se consideran a efectos penales como funcionarios públicos y, por lo tanto, van a hacer posibles sujetos activos de todos aquellos delitos que en la legislación chilena tienen un sujeto calificado.

Como lo expuse anteriormente, en Chile los funcionarios públicos son los únicos que pueden ser autores de malversación, de fraude al Fisco, de cohecho, etc., sin perjuicio de algunas teorías que no han prosperado mucho respecto a la comunicabilidad a privados. Pero estos privados, solamente respecto a una función específica (certificar un modelo) se los considera funcionarios públicos únicamente a efectos penales. Ello se estableció justamente para cortar con algunos debates que se podrían producir en la materia.

Doctrinariamente se trata de resolver este tema del principio de culpabilidad aludiendo a doctrinas de fragmentación, de la división, de entender básicamente que la imputación que se hace a la persona jurídica es una imputación totalmente distinta a la que se hace a la persona natural que es responsable de estos delitos base.

El Código Penal no entrega mayores aportes en materia dogmática, solamente da en una parte general, la circunstancia modificatoria, las reglas de determinación de penas y en una parte especial establece que tal conducta configura tal delito y tiene asociada tal pena. Lo demás es doctrinario y si es propiamente legislativo es el Código Procesal Penal el que establece que la persecución penal actúa respecto de personas naturales, y que respecto de

las personas jurídicas responden las personas naturales que hayan tomado las correspondientes decisiones.

Lo que se hizo fue únicamente modificar esa norma, agregándole un inciso segundo y diciendo que todo esto se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal que establece la Ley N.º 20393.

La Ley N.º 29383 establece estos presupuestos de imputación que efectivamente lo que establecen es la atribución de responsabilidad por una omisión, por la omisión de haber efectuado, de haber cumplido a cabalidad — porque esa es la exigencia— con los deberes de dirección y supervisión.

La Fiscalía como órgano persecutor debe preocuparse en primer lugar por quien cometió el delito base pues es de estas personas, sustancialmente más que formalmente, el delito. Luego debe evaluar si reportó un provecho para la persona jurídica y, por último, analizar si la persona jurídica cumplió o no cumplió con su deber de dirección y supervisión. La fórmula que se adoptó fue bastante sencilla, no hubo cambios mayores en el Código Penal, solo se sumó una ley importante, contundente, en su apéndice.

Dicha ley se puede aplicar en los casos de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, pero requiere un estándar superior de prueba: como mínimo se debe acreditar de manera absolutamente fehaciente que sí hubo uno de estos delitos y que se cometió por una de estas personas que tienen poder de decisorio al interior de la empresa. Será excepcional, con un estándar probatorio superior, pero se puede hacer.

Pregunta del Cr. Alfredo Asti

Vuelvo a la pregunta anterior: ¿si la persona física, la persona natural, es absuelta, necesariamente la persona jurídica debe absolverse? La Dra. Herrera Seguel planteaba que era difícil la hipótesis de encontrar que pudiera seguirse el proceso contra la persona jurídica. Pero si en un caso de cohecho, en el cual está claramente identificado que el cohecho existió, hubo un beneficio para la persona jurídica pero para la justicia penal es difícil determinar quién es realmente responsable en la cadena de mando, puede no encontrarse a nivel de la persona física una responsabilidad objetiva que lleve a la pena, pero sí puede quedar claro que hubo un beneficio para la persona jurídica. En ese caso, ¿seguiría el proceso contra la persona jurídica?

Respuesta de la Dra. Martha Herrera Seguel

No, no se requiere tener formalizada a la persona natural, menos aún se requiere condena. La ley se pone en el caso de investigación paralela. Lo más lógico es que primero se tenga conocimiento del soborno que se ha cometido a un funcionario público. Para ejemplificar vuelvo al caso de una empresa chilena que fue sancionada: uno de sus altos directivos sobornó a un funcionario municipal, la municipalidad no tenía nada que ver en esto, sino que fue el funcionario municipal el que recibió el soborno por conceder los permisos que les correspondían a la municipalidad.

Al enterarnos de este soborno aparece la posible vinculación de con la empresa, es decir, con una persona jurídica que no cumplió con sus deberes de dirección y supervisión y, lo más probable, es que sigan investigaciones paralelas. Lo que exige la ley es que el procedimiento respecto de la persona jurídica, corre la suerte del procedimiento respecto de la persona natural.

En Chile existen una diversidad de procedimientos que dependen de varias circunstancias, pero lo que está siempre presente es la pena asociada al delito. Por lo tanto, la ley establece que si la persona natural va a juicio oral debe ir a juicio oral con la persona jurídica; no puede adoptar un procedimiento abreviado, un procedimiento simplificado. Salvo respecto del caso de que a la persona jurídica le corresponda un juicio oral y a la persona natural un procedimiento simplificado.

Podría darse un procedimiento simplificado, un procedimiento menor: una persona natural, que ha cometido un cohecho menor y tiene atenuantes —por el juego de atenuantes y sin agravantes— puede ir a un procedimiento simplificado. La persona jurídica corre la misma suerte, solo en el caso de que la persona jurídica se tuviera que ir a juicio oral, es la persona natural la que lo sigue. Pero eso solo ocurre cuando el delito es lavado de activos.

No están relacionadas de forma ineludible las responsabilidades de la persona jurídica con la persona natural. De todas formas, en los hechos, es bastante difícil que se llegue a sancionar a una persona jurídica estando absuelta la persona natural. Pero como la base de la imputación es distinta —es un defecto en la organización— podría ser absuelta por otros motivos que no revelaran necesariamente la responsabilidad penal.

Respuesta de la Dra. Elizabeth Cosmo

Creo que el desarrollo del Registro, que sucedió en 2011, mucho antes de la aprobación de la ley, y requería que las empresas voluntariamente se ofrezcan para participar, contribuyó. El Registro no genera beneficios fiscales, no genera ventajas directas pero es una herramienta de publicidad para la empresa. El hecho de que la empresa ponga el logo del Registro en su sitio en internet fomenta a que las otras se registren. El hecho de pertenecer al Registro hace que la empresa gane cierta importancia, pues le demuestra a la población que es una empresa preocupada por la ética y la lucha contra la corrupción. Aunque no hay ventajas directas, indirectamente la empresa gana en imagen.

Respuesta de la Dra. Martha Herrera Seguel

Esta pregunta me da la oportunidad para enfatizar que en Chile se empezó a trabajar en esta materia como país y no solo como institución. La institución a la que represento es un órgano constitucional autónomo del Estado, creado constitucionalmente e independiente del poder político, así se requiere y así resulta indispensable. Si esta institución no es autónoma del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, del Poder Judicial, será bastante difícil poder cumplir con la misión.

Y nos sumamos a esta iniciativa como organismo técnico, pues al analizar el tema generamos la convicción de que tenemos una misión constitucional que es perseguir los hechos constitutivos de delito.

Sin embargo, ahora respondo como chilena y como tal veo que esta normativa ha sido muy efectiva. Muy efectiva precisamente en cuanto a disuasión de ciertos delitos; por supuesto, no es perfecta y se puede hacer mucho más, pero es un aporte. En materia de enriquecimiento ilícito, figura que tuvimos que incorporar por Recomendaciones de Convenciones internacionales, está ahí y se la puede considerar para los casos en que no hay nada más.

Si en Chile hay pocas condenas respecto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, tiene que ver con que es una ley que está en vigencia desde fines de 2009 y plenamente vigente desde fines de 2013, es decir, desde hace muy poco tiempo. Además, este tipo de investigaciones no son sencillas. El lavado de activos también es una figura muy compleja de investigar,

en la jurisprudencia chilena se encuentra en la categoría de Investigación de Alta Complejidad.

La corrupción, el lavado de activos, el crimen organizado, algunas figuras asociadas a delitos sexuales (pornografía infantil, comercialización de materiales pornográfico infantil) son figuras que en Chile asociamos con Investigaciones de Alta Complejidad y que, por lo tanto, toman un tiempo superior en poder tener un resultado efectivo, eso hace que tengamos hasta ahora una condena y una medida y una suspensión condicional —quizás esta última es mucho más eficaz.

Esta legislación fue disuasiva, ¿por qué? Porque para Chile no servía una amenaza de tipo administrativo, ni de otro tipo. La amenaza penal ha sido potente. La ley entró en vigencia plena en diciembre de 2009 y durante todo ese año los empresarios buscaron informarse sobre qué significaba para sus empresas. Además, buscaron respuestas en la Unidad contra la Corrupción como organismo técnico. Estaban muy preocupados en prepararse para la entrada en vigencia de esta normativa y consideraron el discurso «no van a servir los modelos de papel, por lo tanto, tienen que realizarse implementaciones efectivas». Se dio un esfuerzo real de parte de las personas jurídicas por cumplir con ello. Considero que eso es lo efectivamente notable de esta legislación, por eso lo remarcaba al final de mi presentación. La orientación preventiva de esta ley se ha cumplido, ha cumplido con la finalidad que se proponía.

Probablemente no vamos a tener más condenas y no somos perdedores por no tenerlas, todo lo contrario. Somos ganadores desde la perspectiva de la prevención, del acercamiento del mundo privado a estos temas que en Chile estaban bastante reducidos al ámbito público y que, en definitiva, contribuye a la consolidación del Estado de Derecho. Todos debemos contribuir a la consolidación del Estado de Derecho, seamos del mundo público o del privado.



Palabras de cierre

Palabras de cierre

Subsecretario del Ministerio de Educación y Cultura: maestro Óscar Gómez

Es un inmenso honor para el Ministerio de Educación y Cultura participar del cierre de una jornada de reflexión sobre el Día internacional de lucha contra la corrupción, organizado por la Junta de Transparencia y Ética Pública.

Para el Ministerio de Educación y Cultura es un claro ejemplo de la convicción de la necesidad de esta Junta y de la honorabilidad de sus integrantes. La larga y prestigiosa acción en el ámbito público de estas figuras ha determinado que hoy sean quienes conducen la JUTEP.

Debo señalar que tuve el honor de formar parte del equipo de trabajo del Dr. Yarzabal en la anterior Administración y supe que sus convicciones en materia de transparencia en la acción pública del Estado le llevaron a rendir cuentas permanentemente a lo largo y ancho del país, a la ciudadanía, a las autoridades, sobre cada una de las acciones. Hoy, ambos en nuevos roles, lo vuelvo a encontrar en algunos pueblos del interior en idénticas circunstancias: rindiendo cuentas sobre qué es lo que desde el Estado estamos haciendo y promoviendo; y ello me es muy grato. Además, destaco el trabajo en la formación continua de los recursos humanos hecho por la JUTEP en materia de apoyo a la justicia, la administración y la función pública en general.

Hace ya más de 50 años, uno de nuestros máximos escritores, Mario Benedetti, nos entregaba un libro: *El País de la cola de paja*. Tener *cola de paja* significa tener sucia la conciencia. La persona que tiene *cola de paja* no es capaz de señalar ningún error de otro porque de alguna manera ella misma ha cometido alguna acción que le invalida ética y políticamente a hacer ningún comentario. Don Mario Benedetti nos decía, entonces, que estábamos transitando un momento civilizatorio, en donde debíamos alertarnos acerca de no ser, justamente, el país de la cola de paja.

Transcurrió medio siglo, el momento civilizatorio es distinto, quizás algunas certezas de la década del 60 del siglo pasado hoy no están. Hoy estamos

en una sociedad donde el cambio es permanente, parece que estuviésemos viviendo en la sociedad del *zapping*. Sin embargo, es necesario tener consensos ciudadanos, consensos sociales, que de alguna manera repercutan o reflejen en la normativa y que la normativa sea un diálogo permanente con ese estado de situación de la conciencia de la ciudadanía, de cada uno de los integrantes del entretejido social, en la forma de comportamiento de los ciudadanos con otros hombres y —como ya lo señalaron— en la relación de los hombres con la naturaleza, que también forma parte de esa convivencia.

Nuestro Presidente de la República: Sr. José Mujica, hace un poco más de un año llamó a la ciudadanía a reflexionar sobre espacios de convivencia y de vida. Señalaba justamente que esto es importante, que es imprescindible, que hace al entretejido social crear espacios de confianza mutua y esa confianza mutua tiene que ver con la transparencia, tiene que ver con la ética y tiene que ver con acciones legales que se debatieron en este Seminario.

Como algunos saben, el Ministerio de Educación y Cultura es una especie de latifundio, pues desde él se atienden actividades en muchos y extensos ámbitos: educación, cultura, ciencia, tecnología y, por supuesto, se atiende el Ministerio Público y Fiscal. Esa amplitud hace mirar la articulación del entramado de la construcción de la ciudadanía desde varios puntos de vista, complementarios todos ellos.

En esta amplitud el Ministerio también integra la Secretaría Nacional Antilavado y la Junta Nacional de Drogas, dos organismos del Estado que tratan de pertrechar a la sociedad de los antidotos necesarios para poder convivir sin los riesgos del consumismo. Ese consumismo, esa búsqueda de bienes materiales como un fin en sí mismo, hace un túnel que a veces alienta y desembarca en la corrupción. Esto es la búsqueda de un atajo para buscar satisfacer esas necesidades. Por lo tanto, bienvenida sea la reflexión jurídica acompañada de acciones concretas que benefician la convivencia, la solidaridad, elementos que también hacen a esta lucha contra la corrupción, que hoy en forma internacional estamos celebrando.

Por último, debo señalar que hemos visto con beneplácito que la sociedad uruguaya sea considerada como una de las sociedades con menos índices de corrupción. Sin embargo, en esos ordenamientos lo mejor es el cero, lo mejor es evitar que aparezca todavía el flagelo y, por lo tanto, acciones como las del día de hoy, de reflexión colectiva, de búsqueda de masa crítica en estos

temas nos afianzan en la convicción de que es largo el camino por recorrer. Si bien es cierto que alguna tormenta asoló a Uruguay.

Recuerdo cuando ocupé una banca como suplente en la legislación del 2000 al 2005. En ese momento discutimos sobre las sociedades anónimas financieras de inversión y los riesgos que esto traía, pues alentaba un marco jurídico en donde el lavado de dinero podría eventualmente atacar al país. Cuando discutíamos sobre aquel proyecto de ley los fundamentos estaban en acciones diametralmente opuestas a las que hoy se trabajaron. Por lo tanto, se ha avanzado.

El Poder Legislativo está estimulando atentamente, con acciones concretas, el mejoramiento del sistema jurídico. Se trabaja para que el desarrollo económico no se transforme en crisis ética, en crisis moral. Sigamos construyendo entre todos una América Latina más justa, más solidaria, donde podamos encontrar los espacios de convivencia y de solidaridad, fundamentalmente apoyándonos unos en otros, con este intercambio de experiencias.

Deseo que hayan disfrutado de la actividad. Y en el nombre del Ministerio de Educación y Cultura, del Ministro Ricardo Ehrlich, saludo y agradezco por la participación colectiva.

Vicepresidente de la JUTEP: Dr. Luis Yarzabal

Quiero comenzar estas palabras de cierre agradeciendo a quienes han contribuido de manera esencial al buen desarrollo de las actividades de la jornada. Para comenzar, agradezco en primer término a nuestros invitados de los países vecinos, que con sus aportes han enriquecido sustancialmente esta conmemoración del «Día Internacional contra la Corrupción» establecido por las Naciones Unidas.

Nuestro propósito principal fue habilitar un escenario de reflexión sobre experiencias desarrolladas respecto al tratamiento del enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas, en el marco del proceso de cooperación internacional puesto en marcha para combatir el mal uso del poder y la función pública. Esta cooperación internacional que tempranamente advirtió la aparición de amenazas importantes sobre los países del mundo en general y de Latinoamérica en particular, cuando en la segunda

mitad del siglo xx se aceleró bruscamente la globalización de las comunicaciones y los transportes y se agravaron la corrupción, el crimen organizado y el lavado de dinero.

Un resultado inmediato de ese despertar fue la convocatoria de la comunidad internacional a los países para que voluntariamente asumieran el compromiso de luchar contra el fenómeno en forma concertada. A partir de allí, organismos regionales y mundiales, como la Organización de Estados Americanos y la Organización de Naciones Unidas crearon las Convenciones contra la Corrupción, a las cuales fueron adhiriendo voluntariamente las naciones de América Latina y el Caribe.

En el marco de esos acuerdos se compartió información y se trabajó sobre ella para transformarla en conocimiento, saberes y recomendaciones que, al ser adoptadas voluntariamente por nuestros países, dieron origen a legislación especializada, generaron nuevas instituciones, identificaron nuevos delitos y acordaron el control de éstos a escala nacional e internacional.

Sin embargo, el cumplimiento de las propuestas de ambas convenciones en relación con el enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas se ha visto dificultado en varios países de la región debido a disposiciones constitucionales y concepciones doctrinarias propias de cada país. Ello, no obstante, se va encontrando fórmulas que permiten superar esas dificultades mediante el respeto de los límites que imponen el derecho y sus interpretaciones a escala nacional. Tres de los países que han desarrollado enfoques innovadores son precisamente Argentina, Brasil y Chile, cuyos representantes han presentado en esta jornada informaciones, experiencias y comentarios sobre las iniciativas desarrolladas en sus territorios respecto a las figuras en cuestión. Por ello reconocemos sinceramente sus aportes.

Agradecemos también, muy especialmente, a los legisladores nacionales que nos distinguieron con su presencia en el Seminario, que contribuyeron al debate y tomaron nota de aquellos elementos que pueden ser de utilidad en la elaboración de normas que nos ayuden a fortalecer la transparencia y a reducir los daños causados por la corrupción.

Les deseamos a todos feliz regreso a sus hogares y a sus actividades habituales.

Anexo

El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas
por actos de corrupción en la legislación regional

Anexo

Anexo I: Responsabilidad penal de las personas jurídicas: legislación chilena

Se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica

Ley N.º 20393 de 25 de noviembre de 2009

Fecha de publicación: 02-12-2009

Fecha de promulgación: 25-11-2009

Inicio de vigencia: 02-12-2009

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de Ley:

Artículo Primero.- Apruébese la siguiente ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas:

"Artículo 1º.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8º de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

En lo no previsto por esta ley serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Libro I del Código Penal y el Código Procesal

Penal y en las leyes especiales señaladas en el inciso anterior, en lo que resultare pertinente.

Para los efectos de esta ley, no será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 58 del Código Procesal Penal.

Artículo 2°.- Alcances. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado.

TÍTULO I

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

1.- De la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.

a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado

constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.

Artículo 5°.- Responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones:

1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal.

2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal de el o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

2.- De las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 6°.- Circunstancias atenuantes. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

- 1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal.
- 2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.
- 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

3.- De las circunstancias que agravan la responsabilidad penal

Artículo 7°.- Circunstancia agravante. Es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito.

TÍTULO II

Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica

1.- De las penas en general

Artículo 8°.- Penas. Serán aplicables a las personas jurídicas una o más de las siguientes penas:

- 1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya

interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.

4) Multa a beneficio fiscal.

5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13.

Artículo 9°.- Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. La disolución o cancelación producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica.

La sentencia que declare la disolución o cancelación designará, de acuerdo a su tipo y naturaleza jurídica y a falta de disposición legal expresa que la regule, al o a los liquidadores encargados de la liquidación de la persona jurídica.

Asimismo, y en iguales condiciones, les encomendará la realización de los actos o contratos necesarios para:

1) Concluir toda actividad de la persona jurídica, salvo aquellas que fueren indispensables para el éxito de la liquidación;

2) Pagar los pasivos de la persona jurídica, incluidos los derivados de la comisión del delito. Los plazos de todas esas deudas se entenderán caducados de pleno derecho, haciéndolas inmediatamente exigibles, y su pago deberá realizarse respetando plenamente las preferencias y la prelación de créditos establecidas en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, particularmente los derechos de los trabajadores de la persona jurídica, y

3) Repartir los bienes remanentes entre los accionistas, socios, dueños o propietarios, a prorrata de sus respectivas participaciones. Lo anterior se entenderá sin perjuicio del derecho de los afectados para perseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos contra los responsables del delito. En el

caso de las sociedades anónimas se aplicará lo establecido en el artículo 133 bis de la ley N°18.046.

Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés social, el juez, mediante resolución fundada, podrá ordenar la enajenación de todo o parte del activo de la persona jurídica disuelta como un conjunto o unidad económica, en subasta pública y al mejor postor. Ésta deberá efectuarse ante el propio juez.

Esta pena se podrá imponer únicamente en los casos de crímenes en que concurra la circunstancia agravante establecida en el artículo 7°. Asimismo, se podrá aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Código Procesal Penal.

Artículo 10.- Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado. Esta prohibición consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado.

Para determinar esta pena, el tribunal se ceñirá a la siguiente escala:

1) Prohibición perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

2) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado. Su duración se graduará del siguiente modo:

a) En su grado mínimo: de dos a tres años.

b) En su grado medio: de tres años y un día a cuatro años.

c) En su grado máximo: de cuatro años y un día a cinco años.

La prohibición regirá a contar de la fecha en que la resolución se encuentre ejecutoriada. El tribunal comunicará tal circunstancia a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha Dirección mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto esta pena.

Artículo 11.- De la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado. Se entenderá, para efectos de esta ley, por beneficios fiscales aquellos que

otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza.

Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal.

2) En su grado medio: pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal.

3) En su grado máximo: pérdida del setenta y uno al cien por ciento del beneficio fiscal.

En caso que la persona jurídica no sea acreedora de tales beneficios fiscales, se podrá aplicar como sanción la prohibición absoluta de percibirlos por un período de entre dos y cinco años, el que se contará desde que la sentencia que declare su responsabilidad se encuentre ejecutoriada. El tribunal deberá comunicar que ha impuesto esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, con el fin de que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que, respectivamente, la ley N° 19.862 les encomienda administrar.

Artículo 12.- Multa a beneficio fiscal. Esta pena se graduará del siguiente modo:

1) En su grado mínimo: desde doscientas a dos mil unidades tributarias mensuales.

3) En su grado máximo: desde diez mil una a veinte mil unidades tributarias mensuales.

El tribunal podrá autorizar que el pago de la multa se efectúe por parcialidades, dentro de un límite que no exceda de veinticuatro meses, cuando

la cuantía de ella pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o cuando así lo aconseje el interés social.

El tribunal, una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, comunicará la aplicación de la multa a la Tesorería General de la República, quien se hará cargo de su cobro y pago.

Artículo 13.- Penas accesorias. Se aplicarán, accesoriamente a las penas señaladas en los artículos anteriores, las siguientes:

1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional.

La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados.

En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

2.- De la determinación de las penas

Artículo 14.- Escala general. La pena que se imponga a la persona jurídica se determinará en relación a la prevista para el delito correspondiente señalado en el artículo 1º, de conformidad a la siguiente escala:

Escala General de Penas para Personas Jurídicas

1.- Penas de crímenes.

a) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.

b) Prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo.

c) Pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de tres años y un día a cinco años.

d) Multa a beneficio fiscal, en su grado máximo.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el

artículo 13.

2.- Penas de simples delitos.

a) Prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio.

b) Pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de dos a tres años.

c) Multa en su grado mínimo a medio.

En estos casos siempre se aplicarán como accesorias las penas mencionadas en el

artículo 13.

Artículo 15.- Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal, y en el artículo 8° de la ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior.

Al delito contemplado en el artículo 27 de la ley N° 19.913 le serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente.

Artículo 16.- Circunstancias modificatorias de responsabilidad. En caso de concurrir una circunstancia atenuante y ninguna agravante, tratándose de simples delitos se aplicarán solo dos de las penas contempladas en el artículo 14, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo. Tratándose de crímenes, el tribunal aplicará solo dos de las penas contempladas en dicho artículo en su minimum, si procediere.

En caso de concurrir la circunstancia agravante contemplada en esta ley y ninguna atenuante, tratándose de simples delitos el tribunal aplicará todas las penas en su grado máximo. Tratándose de crímenes deberá aplicar las penas en su máximo, si procediere, o la disolución o cancelación.

Si concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, tratándose de simples delitos el tribunal deberá aplicar solo una pena, pudiendo recorrerla en toda su extensión. Tratándose de crímenes deberá aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos.

Si concurren varias atenuantes y la agravante prevista en esta ley, ésta se compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas conforme a los incisos anteriores.

Artículo 17.- Reglas de determinación judicial de la pena. Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el tribunal deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:

- 1) Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito.
- 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica.
- 3) La capacidad económica de la persona jurídica.
- 4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual.
- 5) La extensión del mal causado por el delito.
- 6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

Artículo 18.- Transmisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En el caso de transformación, fusión, absorción, división o disolución de común acuerdo o voluntaria de la persona jurídica responsable de uno o más de los delitos a que se refiere el artículo 1º, su responsabilidad

derivada de los delitos cometidos con anterioridad a la ocurrencia de alguno de dichos actos se transmitirá a la o las personas jurídicas resultantes de los mismos, si las hubiere, de acuerdo a las reglas siguientes, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

1) Si se impone la pena de multa, en los casos de transformación, fusión o absorción de una persona jurídica, la persona jurídica resultante responderá por el total de la cuantía. En el caso de división, las personas jurídicas resultantes serán solidariamente responsables del pago de la misma.

2) En los casos de disolución de común acuerdo de una persona jurídica con fines de lucro, la multa se transmitirá a los socios y partícipes en el capital, quienes responderán hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere asignado.

3) Si se trata de cualquiera otra pena, el juez valorará, atendiendo a las finalidades que en cada caso se persiguen, su conveniencia.

Para adoptar esta decisión deberá atender sobre todo a la continuidad sustancial de los medios materiales y humanos y a la actividad desarrollada.

4) Desde que se hubiere solicitado la audiencia de formalización de la investigación en contra de una persona jurídica sin fines de lucro y hasta la sentencia absolutoria o condenatoria y en tanto ésta no esté cumplida, no podrá concederse la autorización del inciso primero del artículo 559 del Código Civil.

3.- Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 19.- Extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad penal de la persona jurídica se extingue por las mismas causales señaladas en el artículo 93 del Código Penal, salvo la prevista en su número 1°.

TÍTULO III

Procedimiento

1.- Inicio de la investigación de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Artículo 20.- Investigación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si durante la investigación de alguno de los delitos previstos en el artículo 1º, el Ministerio Público tomare conocimiento de la eventual participación de alguna de las personas indicadas en el artículo 3º, ampliará dicha investigación con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente.

Artículo 21.- Aplicación de las normas relativas al imputado. En lo no regulado en esta ley, serán aplicables a las personas jurídicas las disposiciones relativas al imputado, al acusado y al condenado, establecidas en el Código Procesal Penal y en las leyes especiales respectivas, siempre que aquéllas resulten compatibles con la naturaleza específica de las personas jurídicas.

En especial, les serán aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 4º, 7º, 8º, 10, 93, 98, 102, 183, 184, 186, 193, 194 y 257 del Código Procesal Penal, derechos y garantías que podrán ser ejercidos por cualquier representante de la persona jurídica.

Artículo 22.- Formalización de la investigación. Cuando el fiscal considere oportuno formalizar el procedimiento dirigido en contra de la persona jurídica, solicitará al juez de garantía la citación del representante legal de aquélla, de conformidad al artículo 230 y siguientes del Código Procesal Penal. Será requisito previo para proceder de esta forma, al menos, que se haya solicitado una audiencia de formalización de la investigación o presentado un requerimiento de acuerdo a las reglas del procedimiento simplificado, respecto de la persona natural que pudiese comprometer la responsabilidad de la persona jurídica según lo disponen los incisos primero y segundo del artículo 3º, salvo en los casos establecidos en el artículo 5º.

Dicha solicitud deberá contener, además, la individualización del representante legal de la persona jurídica.

Artículo 23.- Representación de la persona jurídica. Si citado para comparecer a una audiencia ante el tribunal, el representante legal de la persona jurídica imputada no se presentare injustificadamente, el tribunal podrá ordenar que sea arrestado hasta la realización de la audiencia, la que deberá efectuarse dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas desde que se produzca la privación de libertad.

Si el representante legal no fuere habido, el fiscal solicitará al tribunal que designe a un defensor penal público, quien realizará la función de un curador ad litem, en representación de la persona jurídica.

En todo caso, la persona jurídica podrá designar en cualquier momento a un defensor de su confianza.

Cuando la ley procesal penal exigiere la presencia del imputado como condición o requisito para la realización de una audiencia judicial, se entenderá que dicha exigencia es satisfecha con la presencia del curador ad litem o del defensor de confianza, en su caso. Procederán respecto de ambos, para dichos efectos, los apercibimientos previstos en el inciso primero.

Artículo 24.- Improcedencia de la aplicación del principio de oportunidad. Lo dispuesto en el artículo 170 del Código Procesal Penal no será aplicable respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Artículo 25.- Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente, respecto de la persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esta ley.

El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, la persona jurídica esté sujeta al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

- 1) Pagar una determinada suma a beneficio fiscal.
- 2) Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad.

3) Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare.

4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°.

5) Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio

Público.

En los casos en que el juez imponga la medida señalada en el número 1), deberá comunicarlo a la Tesorería General de la República.

Artículo 26.- Determinación del procedimiento aplicable a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si el fiscal, al acusar o requerir de acuerdo a las normas del procedimiento simplificado, solicitare la aplicación de alguna de las penas contempladas para los simples delitos, en su grado mínimo, el conocimiento y fallo de aquéllas se realizará conforme a las normas del procedimiento simplificado.

En los casos en que el fiscal acusare solicitando solo penas de crimen o de simple delito en su grado medio, su conocimiento y fallo se realizará conforme a las normas del juicio oral del Título III del Libro II del Código Procesal Penal.

Si el fiscal requiriere o acusare a la persona natural y jurídica en el mismo acto, se seguirá conforme al procedimiento aplicable a la persona natural. Lo anterior no será aplicable tratándose de penas de crimen.

Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no será procedente el procedimiento monitorio.

Artículo 27.- Procedimiento abreviado. El procedimiento establecido en los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal será aplicable para determinar la responsabilidad y para imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

Se seguirá este procedimiento para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una o más penas de simple delito.

El tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal.

Artículo 28.- Defensa de las personas jurídicas. Toda persona jurídica que no pudiere procurarse defensa por sus propios medios, tendrá derecho a solicitar al juez la designación de un defensor penal público.

Artículo 29.- Suspensión de la condena. Si en la sentencia condenatoria el tribunal impusiere alguna pena de simple delito en su grado mínimo, podrá, mediante resolución fundada y de manera excepcional, considerando especialmente el número de trabajadores o las ventas anuales netas o los montos de exportación de la empresa, disponer la suspensión de la condena y sus efectos por un plazo no inferior a seis meses ni superior a dos años. En este caso, el tribunal podrá sustraer de este efecto la pena accesoria de comiso.

Tratándose de empresas del Estado o de empresas que prestan un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, el juez podrá disponer la suspensión cualquiera fuere la pena impuesta en la sentencia.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso primero sin que la persona jurídica hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una nueva formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito."

Artículo Segundo.- Introdúzcase, en el artículo 294 bis del Código Penal, el siguiente inciso segundo:

"Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica."

Artículo Tercero.- Introdúzcase, en el artículo 28 de la ley N.º 19913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, el siguiente inciso segundo:

"Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica."

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 25 de noviembre de 2009.- MICHELLE BACHELET JERIA, Presidenta de la República.- Andrés Velasco Brañes, Ministro de Hacienda.- Edmundo Pérez Yoma,

Ministro del Interior.- Mariano Fernández Amunátegui, Ministro de Relaciones Exteriores.- Carlos Maldonado Curti, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo a usted para su conocimiento.-

Saluda Atte. a usted, María Olivia Recart Herrera, Subsecretaria de Hacienda.

Anexo II:
**Responsabilidad administrativa de las personas
jurídicas: legislación brasileña**

LEI N.º 12846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013

Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3o A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1o A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2o Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Art. 4o Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1o Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

§ 2o As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

CAPÍTULO II

DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA

Art. 5o Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer

nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2o Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3o Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

CAPÍTULO III

DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 6o Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1o As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2o A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3o A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4o Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5o A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

§ 6o (VETADO).

Art. 7o Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

CAPÍTULO IV

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Art. 8o A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

§ 1o A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

§ 2o No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Art. 9o Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

§ 1o O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

§ 2o A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

§ 3o A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

§ 4o O prazo previsto no § 3o poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.

Art. 12. O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento.

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

CAPÍTULO V

DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1o O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2o A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6o e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3o O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4o O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5o Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde

que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6o A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7o Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8o Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9o A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

CAPÍTULO VI

DA RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5o desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1o A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2o (VETADO).

§ 3o As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4o O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7o, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6o, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985.

Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.

§ 1o Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

§ 2o O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II - tipo de sanção; e

III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3o As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

§ 4o Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3o, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.

§ 5o Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou

do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social.

§ 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.

§ 2º A pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.

Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Art. 31. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 1o de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Luís Inácio Lucena Adams

Jorge Hage Sobrinho

Esta primera edición de
*El enriquecimiento ilícito y la responsabilidad de las personas jurídicas
por actos de corrupción en la legislación regional*
(Montevideo, Uruguay, Diciembre de 2013),
se imprimió en Montevideo, Uruguay,
en el mes de octubre del año dos mil catorce.